



EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA Y EL REQUERIMIENTO DE CONFIRMACIÓN JUDICIAL DEL ALLANAMIENTO EN LOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO Y GRAVE PELIGRO DE SU PERPETRACIÓN

Liz Hayde Vicuña Miñano (*)

Fecha de publicación: 01/08/2012

Sumario

I.- Introducción; II.- El Principio de Legitimidad de la Prueba; III.- Derecho fundamental a la Inviolabilidad de domicilio. I.V.- La búsqueda de pruebas y restricción de derechos. V.- La confirmación judicial. VI.- ¿Procederá confirmatoria judicial en los allanamientos realizados en los casos constitucionalmente de excepción? VII.- Conclusiones. VIII. Recomendaciones. IX.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal Peruano a continuación 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 Prueba**¹ que señala que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido

(*) Abogada. Asistente Registral de la Zona Registral N° V Sede Trujillo. Conciliadora Extrajudicial con Registro N° 30068 del Registro Nacional Único de Conciliadores.
lishavm22@hotmail.com

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

obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. En esa asunción 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 imputado² y la segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal en la incorporación de los medios de prueba, y no de su obtención.³ Existiendo la diferencia entre la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) lo que la doctrina y la jurisprudencia la denomina **la prueba prohibida**, de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal) que se denomina la prueba irregular.⁴

Por tanto de conformidad con este Principio será prueba prohibida, todo medio de prueba que ha sido obtenida trasgrediendo derechos fundamentales, no pudiendo ser valorada por el juez, ni utilizada para fundamentar una sentencia, tal como lo prescribe el Art. 159° del NCPP5.

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.⁶ En este sentido, Ana Calderón Sumarriva⁷ establece que la prueba prohibida puede ser directa (inválida por sí misma), o indirecta (inválida por derivación, aplicándose la teoría americana del “Árbol del fruto envenenado”); señalando a su vez que este principio también

² 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.

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

⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor., DOIG DIAZ, Yolanda., QUISPE FARFAN, Fany Soledad. (2005). “El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales”. Ed. Palestra. Lima-Perú. Pags.78-79.

⁵ 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.”

⁶ . (VALVERDE LUNA, Vanessa Sofía. “El Fundamento constitucional de la prueba ilícita”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 137-Abril 2005. Ed. Gaceta Jurídica. Págs. 129-130.)

⁷ CALDERON SUMARRIVA, Ana. “Análisis Integral del Nuevo Código Procesal Penal” (2006). 1era. ed. Ed. San Marcos. Lima-Perú. Pág. 135.

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 Derecho⁸ y en esa asunción se compromete a proteger los derechos fundamentales de todas las personas que integran la sociedad peruana sin excepción, no obstante de haber sido denunciados con un delito; y el diseño del Derecho Procesal Penal, como instrumento necesario para hacer efectiva esa protección, debe tener como finalidad, la realización de un proceso garantista y eficaz, **en donde si bien la búsqueda de la verdad representa el más alto nivel de justicia, el logro de dicho objetivo no puede llevarse a cabo en mengua de los derechos fundamentales, teniendo la búsqueda y obtención de medios de prueba realizarse según parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico constitucional y legal.**⁹ 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.¹⁰

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 solidamente la acusación, como fase previa al

⁸ 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.

⁹CARO CORIA, Dino Carlos. (2006). “Las garantías Constitucionales del Proceso Penal” Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. Pag.1.

¹⁰ASENCIO MELLADO, José María. (2008). “La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal”. Fondo editorial INPECCP. Lima – Perú. Págs. 4-5.

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

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**,¹² 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.¹³

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.**¹⁴

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 que 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**

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.

¹²PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “La Búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal” En: Actualidad Jurídica. Tomo 145-Diciembre 2005.Ed. Gaceta Jurídica. Pág. 104.

¹³MARTINEZ RAVE,G. citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. Rodhas. Lima – Perú. Pág. 126.

¹⁴PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. Rodhas. Lima – Perú. Pág. 126.

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 delincuente¹⁵ y, en cuanto se respeten los principios informadores del Estado Social, como límites infranqueables a esta persecución penal, dado que los derechos fundamentales, que llena de contenido axiológico todo el Sistema Jurídico-Estatal, son bienes dignos de protección en un orden democrático de Derecho.¹⁶

Por ello, se colige que en el procedimiento penal existen dos interés 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 individuales¹⁷. Una posición de jerarquía absoluta involucraría sostener que existe el derecho a no soportar ninguna diligencia, lo cual dejaría al poder público sin ninguna

¹⁵En 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.

¹⁶PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “La Búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal” En: Actualidad Jurídica. Ob. cit. Pág. 104.

¹⁷ 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.

posibilidad de investigar.¹⁸ *El Dr. Roberto Cáceres J, señala en su obra “El Código Procesal Comentado”, que toda medida tendiente a limitar los derechos fundamentales del ciudadano, en principio tiene que ser la excepción y no la regla. En este contexto la excepción, estará determinada por aquellos casos que se necesite restringir, lo que no implica vulnerar los derechos de las personas,* a fin de esclarecer determinados hechos que conlleven al esclarecimiento del proceso, bajo este precepto toda diligencia con fines de investigación no debe afectar los derechos humanos garantizados por la constitución y la ley¹⁹. *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.²⁰

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.).

¹⁸ QUISPE FARFAN, Fanny Soledad (2008).Curso de Capacitación sobre el Nuevo Modelo Procesal Penal” Modulo Cinco “La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos”. Pág. 3

¹⁹ CACERES J., Roberto. IPARRAGUIRRE N., Ronald. (2007) “Código Procesal Penal Comentado”. Jurista Editores. Lima-Perú. Pág. 268.

²⁰RUIZ BADILLO, E. citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit. Pág. 528.

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)²¹ , 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 o sea denegada por la mayor importancia del interés ciudadano de mantener su libertad y el disfrute de sus derechos. Tener en cuenta este test de proporcionalidad es importante, porque nuestro modelo procesal impone que los pedidos del Fiscal sean motivados y debidamente sustentados. Se exige, además, que ante la posibilidad de las restricciones de derechos fundamentales, existan suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito o “Fumus comissi delicti”, las mismas que deberán fundamentarse expresando las razones del pedido.²²

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

²¹ Este presupuesto señala que los medios de búsqueda de la verdad deben encontrarse previamente establecidos en la ley, así como su procedimiento.

²² QUISPE FARFAN, Fany Soledad (2008).Curso de Capacitación sobre el Nuevo Modelo Procesal Penal” Modulo Cinco “La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos ”. Pág. 3-4.

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 2004²³, por medio de la cual cierto tipos de medidas restrictivas de derechos se les exceptúa el requisito **previo** de solicitar orden judicial pero **esto sólo ante supuestos de urgencia o peligro por la demora** y con estrictos fines de averiguación, con la condición que el Fiscal solicite **inmediatamente de adoptada la medida** la confirmación judicial, para de esta forma las pruebas así obtenidas, sean introducidas válidamente al proceso y se tenga la plena seguridad que en el juicio oral serán valoradas y no serán atacadas por la regla de exclusión que erige el PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA.

Como se aprecia del artículo en comentario se introduce una institución nueva como es la confirmación judicial, *por ello resulta de vital importancia determinar la función o finalidad que desempeña esta nueva institución jurídica 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 prescrita en el Título III del Nuevo Código Procesal Penal, es **EL ALLANAMIENTO (art.214 y ss.)**, que en esta oportunidad será el objeto de nuestro estudio y 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

²³ 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*.

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*”²⁴

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. 09.²⁵ 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**²⁶. 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 delictiva²⁷ o es inminente la consumación de una conducta punible (grave peligro de perpetración de un delito²⁸).

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.*

²⁴SANCHEZ VELARDE, Pablo. (2005). “Introducción al Nuevo Proceso Penal”. Ed. Idemsa. Lima - Perú. 225 Pág. 103.

²⁵ 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”.

²⁶ Casos de allanamiento legal.

²⁷ 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).

²⁸ El grave peligro de su perpetración es otro de las excepciones para ingresar a un domicilio sin autorización judicial, este peligro inminente es la percepción que tiene el común de las personas de que se va a cometer un delito, esto es que resulta razonable presumir que una persona ingreso o se encuentra en un lugar con la intención de delinquir.

No se debe perder de vista que los **preceptos generales de todas las medidas restrictivas de derechos en su Art. 203 del NCPP** *faculta a la Policía Nacional del Perú²⁹ y al Ministerio Público³⁰ ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación restringir derechos fundamentales de las personas y solicitar inmediatamente la confirmación judicial*, esto aplicado a la medida restrictiva de allanamiento podría significar que se podría allanar un domicilio ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y solicitar inmediatamente la confirmatoria judicial; pero, como mencionamos solo existen dos casos regulados constitucionalmente que permiten el ingreso a un domicilio sin el consentimiento del titular y sin orden judicial como son la flagrancia delictiva y el grave peligro de su perpetración, entonces donde se englobarían estos casos de urgencia o peligro por la demora? será lo mismo que hablar de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración?, porque teniendo en cuenta lo antedicho, respecto al allanamiento existen supuestos constitucionalmente regulados (caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración) excepciones al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, en el cual el allanamiento es legal y legítimo y que según la interpretación de algunos fiscales del Distrito Judicial la Libertad, *estos supuestos no son los mismos que plantea la norma del Art. 203° del CPP de 2004 (urgencia o peligro por la demora) por lo cual no requieren confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento, en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración*, porque que no lo establece en estos casos concretos la norma del Art. 214° del NCPP en lo que respecta a la solicitud y ámbito del allanamiento.

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

La Falta de regulación legislativa dio lugar, que en la práctica, las solicitudes de confirmación judicial del allanamiento que se realizó sin orden judicial por flagrancia delictiva fuera un gran dilema, en la cual algunos fiscales lo soliciten y otros no lo hagan en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, y a su vez algunos jueces lo requieren y otros no lo requieran. Algunos eran de la opinión que no se debe solicitar confirmación judicial, puesto que al ser el

²⁹ P.N.P. de ahora en adelante

³⁰ M.P. de ahora en adelante.

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 derecho³¹ 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.

Independientemente 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 tanto es el juez de la investigación preparatoria³² de conformidad con el Art. 155° del NCPP, el encargado de admitir o excluir los medios de prueba teniendo que determinar la legitimidad o ilegitimidad de la intervención policial, si ella se encuentra dentro de lo que se entiende por flagrancia delictiva o de peligro inminente de su perpetración, verificar que se haya cumplido con todas las garantías tanto en su obtención como en la incorporación de la prueba.

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

³¹Jurisdiccionalidad de la medida.- Fuera de los casos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, **el FISCAL SOLICITARÁ EL ALLANAMIENTO** y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en un recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

³² Llamado también el Juez de Garantías.

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 ello, con el fin de dar solución a la problemática expuesta se llegará a explicar *como 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.*

II. EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

Cuando se habla de principios se hace referencia a las ideas base de determinados conjuntos de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella, su valor no es solo teórico; las repercusiones prácticas de los principios pueden manifestarse en diversos campos: 1.- Como elemento auxiliar de la interpretación; 2.- Como elemento integrador de la analogía, para los supuestos de laguna legal; 3.- Como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*.

Los principios rectores son aquellos que consagran la filosofía y la orientación que el procedimiento penal tiene en cada país. Por eso generalmente se encuentran en la Constitución Política, señalados en forma expresa o tácita,³³ 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 bien sabemos 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

³³ MARTINEZ RAVE, citado por ROSAS YATACO, Jorge. En “Derecho Procesal Penal.”. Ob. Cit, pág. 37.

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.³⁴ 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,³⁵ y en un proceso penal garantista.

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 importantísimo 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

³⁴HERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo. “Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿Excepciones a la regla?”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 153-Agosto 2006.Ed. Gaceta Jurídica. Pág. 138.

³⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, RABANAL PALACIOS, William, CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista editores, Ed. Julio 2010, pág. 69.

de derecho, por parte de la autoridad, para obtener material probatorio, que no sea respetando la integridad material de la persona, ya se 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), *supression doctrine* (doctrina de la supresión)³⁶.

Ana Calderón Sumarriva al comentar el artículo, nos dice que se concluye: 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:

- 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 perjuicio³⁷.

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. 38

³⁶CACERES J., Roberto. IPARRAGUIRRE N., Ronald. (2007) “Código Procesal Penal Comentado”. Ob. Cit.. Pág. 59.

³⁷ CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. Ob. cit. p. 135

³⁸PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit. Pag.117.

III.-DERECHO FUNDAMENTAL A LA “INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO”

3.1.- NOCIONES 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 intimidad³⁹ **como es su domicilio o esfera privada.**

3.2.- DEFINICION:

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

³⁹ MORENO CATENA, Víctor. La Garantía de los derechos Fundamentales de la Investigación Penal. Revista Poder Judicial y Justicia Penal. N° 2, Madrid – España, 1987, pág. 15.

extensivo a la facultad que se tiene de no permitir que se permanezca dentro de ella, cuando el propietario así lo disponga.

*Al respecto el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto al derecho a la inviolabilidad de domicilio, precisando que en una acepción específica encarna el espacio físico que la persona elige para domiciliar, quedando facultada para poder excluir a otros de dicho ámbito 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.*⁴⁰

3.3.- EL DOMICILIO MATERIA DE PROTECCION DEL DERECHO FUNDAMENTAL:

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de domicilio constitucional es decir aquel que protege el derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio, señalando que a través de este derecho fundamental no se protege cualquier espacio físico definido, respecto del cual el actor alegue su vulneración, **sino aquel que sea compatible con la esfera de privacidad de la persona.** En este sentido, no se puede considerar como domicilio a los espacios físicos destinados a fines incompatibles con la expresión de privacidad como lo son los lugares que por su naturaleza, actividad o función se encuentran expuestos al público, pues aun cuando incorporen cierta intimidad puede que no se manifieste la vida privada y familiar de la persona.⁴¹

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

⁴⁰ Fundamento N°4 de la STC Exp, N° 7455-2005-PHC/TC de fecha 09.07.2007.

⁴¹ STC Exp. 003-2005-PI/TC.

acceso y capacidad de disponibilidad no corresponde en último extremo al individuo.⁴²

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 huésped⁴³, 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.

3.4.- FINALIDAD O FUNDAMENTO.-

La protección del domicilio tiene carácter instrumental, pues con ello se protege al ámbito donde la persona desarrolla su vida privada (familiar o socioeconómica), y por ello está orientada a proteger el derecho a la privacidad e intimidad personal y otros intereses relevantes. Siendo así, solo puede afectarse este derecho cuando necesidades indispensables y razonables lo justifiquen. Por ello cualquier afectación deberá de reunir los requisitos y garantías de ley. 44

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.*⁴⁵

⁴² MESIAS RAMIREZ, Carlos y SOSA SACIO, Juan Manuel. “Inviolabilidad de domicilio”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Lima.2005. Pág. 133.

⁴³El 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.

⁴⁴ RAMOS MENDEZ, Francisco. (1993). El Proceso Penal. Lectura Constitucional, 3 ed, Barcelona, Bosh, , pág. 225.

⁴⁵BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1996). la Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima. Edit Constitución y Sociedad, pág. 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 personal⁴⁶, motivo por el cual recibe protección por el proceso de habeas corpus cuando su afectación representa una amenaza a la libertad personal o este vinculada a ella, conforme al último párrafo del Art. 25 del Código Procesal Constitucional.

3.5.- LIMITES LEGALES:

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.⁴⁷ De tal forma, que es la propia constitución, en el inciso 9 del artículo 2º⁴⁸ 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:

3.5.1.- 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*

⁴⁶ ACTUALIDAD JURIDICA N° 166, Ed. Gaceta Jurídica, Setiembre 2007, Pág. 177.

⁴⁷Exp. 4276-98-A- Lima del 14/08/1998.

⁴⁸Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley

*esclarecimiento de un delito, por lo que cualquier engaño que pudiera producirse, viciara la legalidad del acto.*⁴⁹

*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.*⁵⁰

3.5.2.- 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 Constitución.⁵¹ 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 vigilancia⁵²), no es necesario que se tenga la certeza, sino basta un indicio suficientemente fundado y objetivo, que lleven al razonamiento de forma lógica de la probabilidad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar, de los autores o de los efectos o instrumentos del delito, no bastará una mera intuición policial.

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

⁴⁹PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit. Pág. 596.

⁵⁰BINDER, Alberto M. (1999.)Ob. Cit. pág. 188.

⁵¹Artículo 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.

⁵²PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit. Pág. 595.

si son arbitrarias o excesivas.⁵³ 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.⁵⁴

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.⁵⁵

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

3.5.3.- 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 que 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

⁵³ GONZALES-CUELLAR-SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex. Madrid, 1990, pág. 136.

⁵⁴ Idem, pág. 147.

⁵⁵ Art. 215 inc. 1 del CPP.

inmediatamente, o porque es posible que el mal se corte y no vaya en aumento.⁵⁶

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, parágrafo f); sin embargo, no ha definido lo que debe ser entendido por "delito flagrante", correspondiendo a la legislación procesal penal definirla como tal, y a la jurisprudencia constitucional precisar si dicha opción es acorde con la Constitución.

El Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo 638), dio una primera definición normativa, sin embargo dicha norma nunca llegó a entrar en vigencia en su totalidad y justamente el artículo que definía la flagrancia no entró en vigencia, por ello los órganos jurisdiccionales del Estado deberían asumir una posición. En el caso específico del Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia y así fue construyendo una definición.

El Tribunal Constitucional se pronunció a finales de 1998 y inicios del año 1999 y asumió una posición en la *cual consideraba dentro del concepto de flagrancia, no sólo los casos en que una persona era*

⁵⁶MARTÍN M. Ricardo (1999), Artículo: "Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (1) (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, España. pág. 375.

*detenida en el mismo acto de la comisión de un delito, sino también aquellos actos en los cuales una persona era encontrada con evidencias de haberlo cometido (Cuasiflagrancia)*⁵⁷

Con posterioridad, a partir del año 2001, el Tribunal restringió el concepto de flagrante delito y llegó a señalar que "la flagrancia supone ...el preciso momento de la comisión del mismo" ⁵⁸.

Posteriormente fue emitida la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la Investigación Preliminar, en cuyo artículo 4° se definió la flagrancia de la siguiente manera: *“A efectos de la presente ley se considera que existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y 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.”*⁵⁹

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”*.⁶⁰

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Fundamento N° 3 de la Resolución 125-2001-HC/TC de fecha 20 de Abril de 2001.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Fundamento N°5 de la sentencia 2617-2006-PHC/TC de fecha 17 de mayo 2006 y otras.

Luego mediante Ley 29009 publicada el 28 de abril de 2007, el Congreso de la República delegó facultades legislativas en materia penal al Poder Ejecutivo, para definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú”. Es así como en el mismo año se expidió **El Decreto Legislativo 983 y el Decreto Legislativo 989** orientados a fortalecer la lucha contra el crimen organizado, en donde se define al flagrante delito de una manera mucho más amplia, de la siguiente manera: “(...) existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando: a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. b) Es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.⁶¹ Esta definición, como era de esperarse, generó dudas sobre su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶², 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

⁶¹Con 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 cuando verdaderamente nos encontramos ante un cuadro de presunción de flagrancia, frente al mismo sujeto que cometió los hechos y no ante una persona equivocada.

⁶²En 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 decretos legislativos 983 y 989 resultan inconstitucionales, al no contemplar adecuadamente los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal. Esta ampliación, asimismo, puede generar serios problemas en la interpretación y aplicación de los citados decretos legislativos, lo que constituye una amenaza a la libertad física de toda persona. El supuesto de flagrancia como una causa para privar de libertad a una persona debe ser una medida excepcional y tener un desarrollo legislativo preciso, que no permita acudir a ella más allá de los supuestos en los que razonablemente cabe considerar que existe flagrancia en la comisión de un delito”. 62 (DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008, pp. 64 y 65.

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 Constitucional ⁶³ 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:

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

En realidad estaremos ante una situación de flagrancia cuando la comisión del hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo. ⁶⁴

* **Clases 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

⁶³Ello queda claro en la parte final del fundamento 1 de la sentencia del Tribunal Constitucional, en la cual se señala: “En relación al artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, que regulaba la flagrancia, se ha producido la sustracción de la materia porque la Ley N° 29372 ha definido la flagrancia en términos, ahora sí, acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias N° 1958-2008-PHC; N° 5423-2008-PHC y N° 1871-2009-PHC), y no como se proponía en la legislación modificada, extendiendo dicha situación a las 24 horas posteriores a la comisión del delito”.

⁶⁴ Art. 259 inc, 3 del CPP de 2004 que fue modificado por la ley N° 29372.

la vivienda. Habiéndose producido en flagrante delito X no podría sostenerse el allanamiento ilegal de su morada.

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

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

De lo anterior cabe individualizar requisitos que condicionan el concepto delito flagrante, los mismos que son tres, y Sara ARAGONES MARTINEZ⁶⁵ los precisa de la manera siguiente: **1. Inmediatez temporal.**- Que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes. **2. Inmediatez personal.**-Consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el 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.*⁶⁶

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

⁶⁵ARAGONES MARTINEZ, Sara. Citado por CESAR SAN MARTIN CASTRO. 1999. Pág. 807.

⁶⁶RESOLUCIÓN EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 3692-1009-PHC/TC. CAJAMARCA (18/03/10).

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.

* **¿Existirá 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.⁶⁷

⁶⁷GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. La restricción del Derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Proceso Penal Español. En "El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales". Palestra Editores, Lima, Perú, 2005, pág. 409.

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.⁶⁸

3.5.4.- Peligro inminente de la perpetración de un delito:

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

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

3.5.6.- Por razones de sanidad o grave riesgo

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

3.6.- CONCULCACION 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.⁶⁹

⁶⁸RESOLUCIÓN EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 3692-1009-PHC/TC. CAJAMARCA (18/03/10)

⁶⁹RTC 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 causes 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.

IV. LA BUSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

4.1.- ASPECTOS PRELIMINARES:

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 Martín y Martín comprende dos órdenes de diligencias:*

- a) Las encaminadas a proporcionar por sí mismas las fuentes de investigación (ej, inspección judicial y declaraciones de imputados, testigos y peritos, entre otras).
- b) Las encaminadas a la búsqueda y adquisición de las fuentes de investigación, que tienen un carácter garantizador al afectar derechos fundamentales y su actuación, siempre instrumental, permite por lo general preconstituir prueba.⁷⁰

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

⁷⁰MARTIN y MARTIN Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. "BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS. REGISTROS E INTERVENCIONES CORPORALES". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 144, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2005, Pág. 250.

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.* ⁷¹ 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**

⁷¹REYNA ALFARO, Luis Miguel., AROCENA, Gustavo A., CIENFUEGOS SALGADO, DAVID. (2007). "La Prueba. Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales". 1era ed. Jurista Editores. Lima –Perú. Pág. 359-340.

a la realización de un delito y sus presuntos implicados. Es decir, diligencias de averiguación directa de fuentes de información tendientes a la acreditación de las imputaciones e identidades, comportando limitaciones a derechos constitucionales, definidos directamente por la Constitución y sometidos a determinados principios.

Para Schlüchter, son actos procesales con los cuales se interfiere o se interviene en el derecho fundamental de una persona – inculcado o tercero – contra su voluntad, por causa de la persecución penal.⁷²

4.2.- RESTRICCIÓN VS VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES:

En un Estado Democrático de Derecho, con un Sistema Procesal Penal de corte Garantista, *los derechos fundamentales ocupan una posición preferencial*; pero, a su vez como ya se mencionó anteriormente *no existen derechos fundamentales que sean absolutos*; por lo tanto, podrán restringirse su ejercicio y eficacia de éstos, mas nunca deberán ser vaceados 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 Hombre⁷³ 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.⁷⁴ Por tanto, en un Estado Constitucional de Derecho existen fines constitucionales legítimos (por ejemplo: interés público, convivencia pacífica o el deber del Estado de proteger la seguridad y los derechos de la sociedad, como se positiviza en el artículo 44 de nuestra Constitución) que posibilitarían la restricción de derechos fundamentales en el proceso penal, es decir justas razones que legitiman la privación de los derechos fundamentales que consagra nuestra

⁷²SCHLÜCHTER, Ellen. Derecho Procesal Penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, traducción de la segunda edición alemana, 1999, pág. 64.

⁷³ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

⁷⁴ Al examinar el artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la imposición de limitaciones se debe emplear siempre de manera estricta. La jurisprudencia de la Corte determina que, para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno. (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v. Argentina" del 15 de octubre de 1996).-

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 ojo 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.**

Así las cosas, podríamos decir que las intervenciones que podrían sufrir los derechos fundamentales pueden ser dos intensidades: restricción y violación o vulneración, y en *un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, se permite la restricción de los derechos fundamentales, bajo ciertos presupuestos bien definidos y analizados según el caso concreto por el juez de garantías, antes de adoptarse la medida restrictiva de derecho, o en ciertos casos de urgencia o peligro por la demora ser confirmados judicialmente.*⁷⁵ 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

⁷⁵Art. 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 desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía (...).

o practicada con violación de derechos fundamentales, y como sanción deviene procesalmente en inutilizable; a diferencia de la prueba obtenida con la restricción de un derecho fundamental, con todas las garantías, que generalmente es prueba preconstituida y es totalmente válida para sustentar inicialmente una acusación fiscal y posteriormente la sentencia judicial.

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

Creemos que el juez de la investigación preparatoria, al ser un garante del respeto a los derechos fundamentales en la etapa de la investigación, deberá seguir las siguientes pautas a fin de dar la autorización para restringir un derecho fundamental o en todo caso en la confirmatoria judicial para poder identificar si se produjo una violación al derecho fundamental que se encuentre en cuestión:

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

<p>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 que dicha prueba será inatacable en su legitimidad.</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 sentencia final.</p>
---	--

4.3.-PRINCIPIOS PARA RESTRINGIR 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 medidas*⁷⁶, 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:

⁷⁶ El C.P.P señala los preceptos generales del Art. 202° al Art. 204°.

4.3.1. **El principio de legalidad:** El principio de legalidad, como límite a la restricción de derechos, está establecido en el Art. 202° del C.P.P⁷⁷. 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.

4.3.2.- 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 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*

⁷⁷Art. 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”.

perpetración de delito y que son casos estrictamente diferentes y que en el presente trabajo de investigación se pretende dilucidar.

4.3.3. El principio de proporcionalidad

Este principio está regulado en el art. 203°.¹⁷⁸. Su eficacia se evidencia cuando en la aplicación e intensidad de las medidas que restrinjan derechos fundamentales, estos guarden relación con la gravedad del delito investigado, *ya que toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar*. En lo que respecta a la gravedad del ámbito de aplicación, debe responder a la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente, para limitar el peligro que se presenta para la sociedad y el Estado. *El Tribunal Constitucional establece el valor de los límites razonabilidad y proporcionalidad, de la siguiente manera: “Los principios de razonabilidad, y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos Fundamentales (Exp. N° 4677-2004-AA, 7/12/05, S1, fj. 26)”*⁷⁹.

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 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

⁷⁸Art. 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**”.

⁷⁹Gaceta Jurídica. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Sentencia vinculadas con artículos de la Constitución”*, Director Manuel Muro Rojo, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 29: los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho, por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de varios bienes jurídicos constitucionales (Exp. N° 2496-2005-HC, 17/05/05, S1, PV, Fj.5).

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.

4.3.4. 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).

4.3.5. 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).

4.4.- 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 otro 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.⁸⁰

4.4.1.- 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**.⁸¹ Fuera de dichos casos, estaremos ante un allanamiento ilegal o vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio que se encuentra tipificado con delito (Art. 159 y 160 CPP).

⁸⁰PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit., Pág. 593.

⁸¹Estas excepciones son las contempladas en nuestra Constitución en el Art. 2.9, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el cual la inviolabilidad domiciliaria solo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible ,en su defecto se requiere orden judicial.

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 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.*⁸²

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

⁸²ACUERDO PLENARIO 5-2010/CJ-116 DEL VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES Y TRANSITORIAS DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA.

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.

4.4.2.- 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 allanamiento⁸³

. *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.

⁸³MARTINEZ RAVE,G. citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). Ob. Cit. Pág. 595.

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.**

V. LA CONFIRMACION JUDICIAL:

5.1.- 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 desapruebe 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.

5.2.- Definición:

Según el diccionario de la Real Academia Española, *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.

5.3.-¿Cuál es su fundamento?

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 constitucional⁸⁴, pero ello no significa que se violen los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y consustanciales al ser humano. ¿Pero como 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”.

⁸⁴ Por ejemplo: Exp. N° 00774-2005-HC/TC y 00019-2005- AI/TC)

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 concurran 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 garantías⁸⁵ 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

⁸⁵En el Nuevo Proceso Penal la figura del juez de garantías en la etapa de investigación preparatoria, garantiza que el mismo será un tercero imparcial, ya que él no realiza labor de investigación sino su labor esta dedicada a resolver y ofrecer las garantías y el respeto de los derechos fundamentales a las partes intervinientes en el proceso, es decir, un árbitro que cuide las reglas del juego sin involucrarse en el conflicto, que esté comprometido con el respeto al Debido Proceso y los derechos fundamentales; y no con intereses que ya están debidamente representados y defendidos por el Fiscal y la defensa.

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 dela 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.

5.4.-Requisitos:

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

El 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:

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 medida⁸⁶, 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

⁸⁶ Se afirma esto porque, como se ha establecido en la clasificación esbozada anteriormente, existen medidas que de ninguna manera se pueden ejecutar sin resolución judicial previa que las autorice, y en tales casos, no es aplicable la confirmatoria, y mucho menos la resolución confirmatoria podrá sustituir a la resolución autoritativa. Siendo distinto el caso de las medidas que excepcionalmente admiten ejecutarse sin resolución judicial, pues en tales casos, la resolución confirmatoria cumple la función de garantía del resolución autoritativa, y en mérito a ello su contenido es idéntico como se desprende de lo prescrito por el artículo 219 inciso 2 del CPP.

fundamentales, diferente son los casos excepcionales en donde no resulte exigible por las circunstancias particulares de urgencia o peligro por la demora.

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

2.- Supuestos de urgencia o peligro por la demora:

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

3.-Con estrictos fines de averiguación:

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

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

a) Restricción de un Derecho fundamental por la Policía y el Ministerio Público.

b) Situación excepcional de urgencia o peligro por la demora; y, por ende inexigibilidad de resolución judicial previa.

c) Finalidad de indagación de la medida restrictiva.

El dispositivo analizado deja en claro que existe una clara delimitación entre medidas sujetas a convalidación o confirmatoria, y medidas que solo pueden adoptarse previa autorización judicial (es decir aquellas en donde no se presente las situaciones excepcionales). *De tal forma que la finalidad de la confirmatoria no es legitimar una actuación ilegal u obtener una resolución judicial ex post facto que no se obtuvo oportunamente, sino analizar una situación que por la circunstancia excepcional no dio lugar a recabar la autorización judicial.* Por ejemplo,

en un supuesto de interceptación de comunicaciones privadas, no cabe confirmación judicial, porque de practicarse esta medida sin autorización judicial, directamente estaríamos frente a una violación de contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, que solo se puede limitar previa resolución judicial; y en consecuencia, esta medida ya no se puede convalidar, ni tampoco las fuentes de prueba que de ella se hayan obtenido⁸⁷ (porque 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.

VI. ¿PROCEDERA CONFIRMATORIA JUDICIAL EN LOS ALLANAMIENTOS REALIZADOS EN LOS CASOS CONSTITUCIONALMENTE DE EXCEPCION?

UN ANALISIS A PROPOSITO DEL ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116:

El acuerdo plenario en materia penal N° 5-2010/CJ-116⁸⁸ ha tocado un tema que tiene algo de relación con nuestro tema materia de investigación, es decir ha tocado el tema de la confirmatoria judicial de la incautación, dando a relucir algunos aspectos que podríamos tener en cuenta al momento de llegar a las conclusiones que se pretende arribar en este trabajo de investigación referido a la confirmación judicial del allanamiento en los casos excepcionales de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

A continuación daremos 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)**

El acuerdo plenario establece en su fundamento N° 11 el régimen de la incautación y hace alusión a tres supuestos de hecho en los cuales se puede realizar incautaciones de elementos y objetos del delito, esos

⁸⁷ Al amparo de lo prescrito por el artículo VIII del TP del CPP 2004 y del artículo 159 del mismo.

⁸⁸ El mes de noviembre de 2010 se llevó a cabo el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República, consecuencia de este pleno se produjeron seis acuerdos plenarios, los que fueron publicados el quince de diciembre del dos mil diez. El acuerdo plenario 5-2010/CJ-116 sobre incautación, que trata aspectos resaltantes en cuanto a la confirmatoria judicial.

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 fragancia 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)⁸⁹, por eso a nuestro entender dicho precepto general no tendría aplicación para la medida restrictiva de allanamiento porque en esencia el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio solo admite dos excepciones para el ingreso a un domicilio para efectuar investigaciones que son la fragancia 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

⁸⁹ 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.

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 requieren confirmatoria judicial no es de aplicación de modo general a la medida restrictiva de allanamiento. Veamos brevemente lo que prevé

Artículo 214 Solicitud y ámbito del allanamiento.-

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

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

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

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

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

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

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

Si bien es cierto que se define claramente lo que debe entenderse por inmediatez, (párrafo segundo del fundamento 13), también se admite que cualquier solicitud de confirmación que no se haga manteniendo la continuidad en el tiempo, salvo válida justificación, será extemporánea; sin

embargo se ha liberado de sanción procesal dicha extemporaneidad como se ha señalado en el párrafo precedente.⁹⁰

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

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

Análisis:

Con respecto al Principio de Legitimidad de la Prueba:

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

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

⁹⁰ Esta posición es la misma que en su momento tomó la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el expediente N° 2009-03890-25-0401-JR-PE-3, resolución que ha sido esgrimida por diversas fiscalías para justificar su demora en los casos de incautación cuya confirmación fue solicitada de manera extemporánea. Posiciones contrarias fueron las del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo en el expediente 2091-2008 que declaró inadmisibles la confirmación de incautación de armas por extemporánea, al no haberse solicitado inmediatamente; de igual manera la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el expediente 2009-00256-25-2001-JR.PE.1 desaprobó la incautación de billetes falsificados al haberse presentado el requerimiento cinco días después de haberse producido la incautación.

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 cual es la excepción según el acuerdo plenario? ¿Será correcto?

Otro punto, en el que estamos en desacuerdo, de conformidad con todo lo esgrimido a lo largo de este trabajos, es en el primer párrafo del fundamento 13⁹¹ 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.

⁹¹ “La incautación siempre requiere de una resolución judicial, ya sea antes de su ejecución – excepción, párrafo 10° literal c) – o después de ella – regla general, párrafo 10° literales a) y b) –.” El apartado 10 no tiene literales a, b y c. Si los tienen los apartados 9 y 11, debe entenderse que el plenario se refiere al apartado 11. Así el apartado 11 menciona a su vez en su literal a) y b) la flagrancia delictiva y los casos de urgencia y peligro en la demora. El literal c) está referido a la inexistencia de peligro en la demora o urgencia.

Como ya hemos lo hemos desarrollado anteriormente al tocar el tema de los presupuestos para la adopción de toda medida restrictiva de derechos, se señaló que la doctrina es unánime al señalar que las medidas restrictivas de derechos sólo pueden ser dispuestas mediante orden motivada y **previa al acto, siendo ello la regla general**. Otro dato que contribuye con este punto de vista en el derecho comparado es que, por ejemplo, el sistema chileno no contempla la figura de la confirmación ⁹²y sólo es posible la autorización judicial previa para la ejecución de medidas restrictivas de derechos.

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

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

⁹² 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.*”

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.**

Sino 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.

VII. CONCLUSIONES:

1.- La Policía Nacional no asimila del todo el Nuevo Modelo Procesal Penal, rigiendo en muchos casos su accionar con los rezagos del Sistema Inquisitivo, no de manera global, pero si en algunos rasgos, como el querer conseguir la verdad a toda costa, aún en mengua de los derechos fundamentales; pero ello, debido a su formación doctrinaria, histórica, la policía no tiene formación constitucional de principios y garantías, su formación es pragmática, por tanto lo que se necesita es capacitar a nuestro cuerpo policial de investigación para que de esta manera realice su labor en estricto respeto a los derechos fundamentales del intervenido o imputado y

cuando realice sus funciones de investigación lo haga con estricto respeto a la constitución y dicha prueba preconstituida sea invencible e inatacable por la defensa y sirva como prueba a ser valorada en la sentencia final.

2.- Si bien es cierto, los casos de flagrante delito y peligro inminente de su perpetración, no se enmarcan dentro de los casos de supuestos de urgencia o peligro por la demora que prescribe el Art. 203 del NCPP, sin embargo por el Principio Rector de Legitimidad de la Prueba que erige el Sistema Acusatorio Garantista con rasgos adversariales, se debe solicitar la confirmación judicial también en estos casos, puesto que la policía aduciendo estos supuestos constitucionales de excepción puede cometer excesos que el juez de garantías debe custodiar no permitiendo su incorporación al proceso y buscando a tiempo el responsable de la investigación más medios de pruebas validos que sustenten su acusación, para evitar así la impunidad del delito.

3.- Una vez adoptada 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.

4.- 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).

5.- Si la policía realiza un allanamiento sin orden judicial aduciendo flagrancia delictiva y el fiscal no solicita la confirmación judicial inmediatamente de producida, las pruebas así obtenidas no podrán incorporarse posteriormente válidamente al proceso, y si dichas pruebas son el sustento de la acusación, el fiscal corre el riesgo que sean declaradas ilícitas al momento de la audiencia de control, ello de conformidad con el Principio de Legitimidad de la Prueba (regulado en el Art. VIII del Título Preliminar del CPP de 2004), quedándose sin medios de prueba suficientes para sostener su acusación, siendo así 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, por haberse obtenido las pruebas de manera ilícita, y así el Ministerio Público no cumpliría a cabalidad el rol primordial que la constitución le faculta, perdiendo legitimidad; por ello los fiscales no deben ser

negligentes en lo que ha medios de prueba se refiere y cuidar minuciosamente el respeto de los derechos fundamentales en su obtención e incorporación al proceso porque un sistema garantista como el nuestro implica la observancia de las reglas jurídicas que regulan la incorporación válida de la prueba al proceso.

6.- La investigación preparatoria es la piedra angular 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.- En un Sistema Procesal como el nuestro adversarial, ambas partes que sostienen pretensiones contrarias están en situación de igualdad, por tanto ambas se encuentran en las mismas condiciones de aportar pruebas al proceso y por ende cuestionar las que una u otra parte presenten, el poder judicial por su parte no se contamina de la actividad probatoria y es gracias a esta nota adversativa que se crean las condiciones para que el órgano jurisdiccional cumpla, durante la investigación, función de garante de los derechos fundamentales, creándose por ello la figura de la confirmación judicial.

8.- 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.

9.- El Principio Rector de Legitimidad de la Prueba que erige el Nuevo Sistema Procesal Penal GARANTISTA, ACUSATORIO, ADVERSARIAL, y que tiene base constitucional en un Estado Social y Democrático de Derecho, condiciona al fiscal a solicitar la confirmatoria judicial en los casos de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración así no lo señale expresamente el nuevo Código Procesal Penal, puesto que haciendo una interpretación integral de todo el sistema constitucional y procesal penal, el juez de garantías tiene que custodiar el respeto irrestricto de los derechos fundamentales durante la fase de la investigación preparatoria.

10.- El Director de la investigación es el Fiscal y la Policía Nacional es su apoyo en su labor de investigación. Por ello la función de investigación de

la Policía Nacional estará siempre sujeta a la conducción del fiscal, siendo así al único que le interesa que los actos de investigación y los medios de prueba recolectados en la investigación preparatoria no sean cuestionados ni declarados ineficaces en el proceso penal es al Fiscal como defensor de la legalidad y representante de la sociedad, por ello debe trabajar en forma constante y coordinada con la Policía Nacional del Perú y es él quien debe solicitar la confirmación judicial del allanamiento realizado por la policía sin orden judicial.

11.- El fundamento y/o finalidad de la confirmatoria judicial es cautelar el núcleo esencial y/o el respeto irrestricto de los derechos fundamentales del imputado, que en ningún momento tengan que ser conculcados o violados, comparándola entonces con una autorización judicial posterior a la medida restrictiva de derechos, que tiene lugar cuando ha existido una situación de fragancia delictiva, grave peligro de su perpetración o se han dado los casos de urgencia o peligro por la demora, no dando tiempo para solicitar una autorización judicial previa, por no ser exigible por las circunstancias excepcionales.

12.- La confirmatoria judicial se compararía a una autorización judicial pero posterior a la medida restrictiva del derecho, es decir una vez que se analiza el caso concreto, pero en ningún caso se debe pensar o confundir que reemplace a la autorización judicial previa, por lo que si se lleva a cabo una medida que necesariamente necesitaba autorización judicial previa porque no existía los supuestos de urgencia o peligro por la demora ni mucho menos fragancia delictiva o grave peligro de su perpetración, en dicho caso no procederá la confirmatoria judicial de dicha actuación ilegal.

13.- El acuerdo plenario N° 5-2010/CJ-116, al señalar que la confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación que sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental y que su tardanza u omisión en la solicitud al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación no determinaría la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad, esta errada porque en el nuevo modelo procesal penal que nos gobierna el respeto a los derechos fundamentales es su piedra angular y para que sea legítima una medida tiene que contar con el presupuesto del control judicial previo o posterior en casos que la situación excepcional no lo permita requerirlo, 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. No habiendo tenido en cuenta el acuerdo plenario el Principio de legitimidad de la prueba, al omitir 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.

VIII. RECOMENDACIONES:

1.- Se tiene que reestructurar la Policía especializada en investigación criminal, apoyo a la justicia, apoyo al ministerio público y Criminalística, para formar la Policía Científica y que ella actúe con respeto a los derechos fundamentales de la persona, para lo cual se le debe brindar una formación constitucional acorde con Sistema Penal garantista que nos rige en estos momentos.

2.- El Código Procesal Penal le otorga a la Policía Nacional facultades en la investigación preliminar y el Fiscal conociendo tales facultades está en la posibilidad de enseñar y orientar a los miembros de la PNP con los cuales eventualmente trabaja, que actos de investigación puede realizar en caso de urgencia y como debe realizar dichos actos, con el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, contribuyendo de esta manera con su formación constitucional y ello es muy beneficioso en la investigación a fin de evitar que las huellas del delito desaparezcan por el transcurso del tiempo y asimismo que sirva como prueba, para lo cual tendrá que cumplir con los requisitos que informa el principio de legitimidad de la prueba es decir tanto en su obtención como en su incorporación y así no tendría nada que cuestionar la defensa y *el ius puniendi* se aplicaría de manera efectiva a los delincuentes.

3.- Los Defensores de la Legalidad, deben solicitar confirmatoria judicial de los allanamientos sin orden judicial en los casos de flagrancia delictiva y grave peligro de su perpetración: 1.- Porque los policías no están libre de cometer excesos aduciendo estos supuestos excepcionales, y que mejor que el juez de garantías para limpiar a tiempo la prueba que se discutirá en juicio, y también así dar oportunidad al fiscal de reunir a tiempo más elementos válidos de prueba. 2.- Porque 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 (constituyendo supuestos constitucionalmente legales de excepción a la jurisdiccionalidad de la medida: restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio), ello no es óbice para que no se evalúe que debe existir también el presupuesto de urgencia en los delitos permanentes como son el Tráfico Ilícito de Drogas y porque por el principio de legitimidad de la prueba en un sistema garantista en todas las diligencias de obtención de medios de prueba el juez de garantías tendrá que custodiar la legitimidad en su obtención e incorporación.

4.- Si bien es cierto de conformidad con el Art. 214 del C.P.P, se debe dejar constancia en el acta de los motivos de la intervención del allanamiento en flagrancia delictiva y grave peligro de su perpetración, también se debería solicitar la confirmatoria judicial y desterrar la idea que no se debería solicitar en estos casos acogiéndose al fundamento de la prueba

preconstituida que se debe incorporar presumiéndose exacta, para lo cual solamente se debe dejar constancia en el acta de los motivos; pero esta opinión como ya concluimos es peligrosa para el defensor de la legalidad, puesto que en un Sistema de Corte Garantista como el nuestro, se podría cuestionar la legitimidad de estas actuaciones sino lo hicieron en un primer momento incluso en la etapa del juicio, dando lugar a que si se declara ilícita y no cuente la fiscalía con más medios probatorios se perdería el caso y se produzca el debilitamiento de la tutela judicial efectiva, por eso concluimos que en todos los caso se deberá solicitar inmediatamente después de la diligencia la respectiva confirmatoria judicial.

5.- Se debe legislar en forma expresa en la sección relativa a la medida de allanamiento, en el C.P.P., que toda diligencia en donde no sea exigible la resolución judicial previa como son los casos de flagrancia delictiva y grave peligro de su perpetración, el fiscal solicite inmediatamente la confirmatoria judicial tal como se regula de manera expresa para otros medidas restrictivas de derechos.

6.- Se debe legislar en forma expresa en la sección de los preceptos generales de toda medida restrictiva de derechos fundamentales, que la solicitud de confirmatoria judicial sea solicitada por el fiscal dentro de un plazo de 24 horas de realizada, bajo sanción de declararse la nulidad de dicha intervención acorde con el orden constitucional y de principios contenida en el Título Preliminar del Código (Principio de Legitimidad de la Prueba).

7.- El precepto general contenida en el art. 203 inc. del C.P.P. debe de modificarse en el sentido de indicar que se solicitará confirmatoria judicial cuando *no sea exigible resolución autoritativa previa*, en lugar decir cuando *no se requiera resolución autoritativa previa*, porque por regla general toda medida limitativa de derechos requiere orden judicial previa sino no serían derechos fundamentales (salvo el supuesto de las mínimas intervenciones corporales), solo que por circunstancias excepcionales a veces no resulta exigible que es diferente.

8.- El acuerdo plenario N° 5-2010/CJ-116, debe de modificarse en cuanto refiere erradamente que la regla general es la confirmación judicial y la excepción la orden judicial previa, cuando realmente es al contrario.

9.- El acuerdo plenario N° 5-2010/CJ-116, debe de modificarse en cuanto refiere que la tardanza u omisión de la solicitud confirmación judicial no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación por ende no determina la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad, ya que eso no es así al no haber tenido en cuenta el nuevo modelo procesal penal que nos gobierna su principio rector de Legitimidad de la Prueba.

IX. BIBLIOGRAFIA:

• LIBROS

1. ABAD YUPANQUI, Samuel B., (1992) “Límites respecto al contenido esencial de los derechos Fundamentales: Estudio Preliminar”, Themis, 21, segunda época, T. II, Lima.
2. AMBOS, Kai. (2005). *Principios del proceso penal europeo. 1era ed. Colombia*
3. ASECIO MELLADO, José María. (2008). “La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal”. Fondo editorial INPECCP. Lima – Perú.
4. AZABACHE, César. (2003). Introducción al Procedimiento Penal. Palestra Editores, Lima-Perú.
5. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. (2001) Derecho constitucional. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999.
6. BAUMAN, Jurgen,(1986) “Derecho Procesal Penal- Conceptos Fundamentales y Principios Procesales”, 3ºed, Ediciones Depalma-Buenos Aires-Argentina, 312pp.
7. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1996). la Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima. Edit Constitución y Sociedad, pág. 47.
8. BIDART CAMPOS, Germán.(1993). “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”. Buenos Aires: Ediar, p. 377.
9. BINDER., Alberto M. (1999). “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2da ed. Ed. ADHOC. Buenos Aires-Argentina. 316 pp.
10. BOVINO, Alberto (2003) “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, er Víctimología y Victimología dogmática, Ara, Lima-Perú.
11. BROWN, Guillermo. Límites a la valoración de la prueba en el Proceso Penal, Editorial Jurídica Nueva Tesis, Argentina.
12. CACERES J., Roberto. IPARRAGUIRRE N., Ronald. (2007) “Código Procesal Penal Comentado”. Jurista Editores. Lima-Perú.636 pp.
13. CALDERON SUMARRIVA, Ana. “Análisis Integral del Nuevo Código Procesal Penal” (2006). 1era. ed. Ed. San Marcos. Lima-Perú. 199pp.
14. CAFERATA NORES, José. (1986). La Prueba en el Proceso Penal. 4ta Edición actualizada y ampliada. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires-Argentina
15. CARO CORIA, Dino Carlos. (2006). “Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal” Biblioteca Jurídica Dike. Medellín.
16. CLARIA OLMEDO, Jorge. “ Derecho Procesal Penal”,. Editores Rubinzal-Curzoni. Tomo II, , Buenos Aires.
17. CLIMET DURÁN, Carlos. (2005).*La prueba penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
18. CUBAS VILLANUEVA, Víctor., DOIG DIAZ, Yolanda., QUISPE FARFAN, Fany Soledad. (2005). “El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 596pp.
19. DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1981). Teoría General de la prueba judicial. Tomo I, 5º ed, Buenos Aires-Argentina.

20. DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1984). Teoría General del Proceso. Tomo I, Editorial Universidad., Buenos Aires-Argentina.
21. DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. (2007). “El Nuevo Proceso Penal” Ed. Idemsa. Lima-Perú. 908 pp.
22. DE OTTO, Ignacio. (1989). Estudios sobre el Poder Judicial. 1º ed. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 248 pp.
23. HÄBERLE, Peter, (1997)“La libertad fundamental en el estado constitucional”, ed. PUCP, Lima.
24. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, RABANAL PALACIOS, William, CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista editores, Ed. Julio 2010, 1060 pp.
25. GARCIA DEL RIO, Flavio (2005). “La Prueba en el Proceso Penal-Parte General”.1era ed. Ed. San marcos. Lima - Perú, 217 pp.
26. GARCIA RADA, Domingo. (1984)“Manual de Derecho Procesal Penal”8 ed. Iddili. Lima-Perú.
27. GIMENO SENDRA, Vicente., TORRES DEL MORAL, Antonio., MORENILLA ALLARD, Pablo, DIAZ MARTINEZ, Manuel. (2007). “Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional”.1era ed. Ed. Colex. Madrid – España. 895 pp.
28. GONZALES-CUELLAR-SERRANO, Nicolás. . Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex. Madrid, 1990.
29. JIMÉNES ASENJO, Enrique: Derecho Procesal Penal, Vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid-España.
30. LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo(1989).Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, Madrid.
31. MAJADA, Arturo. (1977). “Practica Procesal Penal”. T III. 4ta ed. Ed. Bosch. Barcelona - España. 2482 pp.
32. MESIAS RAMIREZ, Carlos y SOSA SACIO, Juan Manuel. (2005). “Inviolabilidad de domicilio”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Lima.
33. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997), La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal, Ed Bosch, Barcelona-España.
34. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004), “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”2º ed, Ed JMBosch, Barcelona-España.
35. MIXAN MAS, Florencio. (1996).Juicio Oral, Editora BGL, Trujillo-Perú.
36. MIXAN MAS, Florencio. (2006). Cuestiones Epistemológicas de la investigación y de la prueba, Editora BGL, Trujillo-Perú
37. MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. (2005). “La Implementación Progresiva de normas del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. San Marcos. Lima – Perú.166 pp.
38. MONTERO AROCA, Juan y otros. (2000) Derecho Jurisdiccional I. Parte General. 9.ª edición, Valencia: Triant Lo Blanch.

39. MONROY GALVEZ, Juan. (2003). La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos. Comunidad. Lima-Perú.
40. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. Rodhas. Lima – Perú. 945 pp.
41. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2005). “Teoría General del Proceso y Practica Forense Penal”. Ed. Rodhas. Lima – Perú. 547 pp.
42. RAMOS MENDEZ, Francisco. El Proceso Penal. Lectura Constitucional , 3 ed, Barcelona, Bosh, 1993.
43. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.(2006) *En busca de la prisión preventiva, Lima-Perú.*
44. REYNA ALFARO, Luis Miguel., AROCENA, Gustavo A., CIENFUEGOS SALGADO, DAVID. (2007). “La Prueba. Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. 1era ed. Jurista Editores. 706 pp.
45. ROSAS YATACO, Jorge. (2005) “Derecho Procesal Penal (Teórico-Practico)”. 1era ed. Jurista Editores. Lima-Perú. 805pp.
46. ROSAS YATACO, Jorge. (2009) “Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Dec. Leg. N° 957”. 1era ed. Jurista Editores. Lima-Perú. 1149pp.
47. ROXIN, Claus. (2000).Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires.
48. SANCHEZ VELARDE, Pablo. (2004). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Ed. Idemsa. Lima - Perú.
49. SANCHEZ VELARDE, Pablo. (2005). “Introducción al Nuevo Proceso Penal”. Ed. Idemsa. Lima - Perú. 225 pp.
50. SANCHEZ VELARDE, Pablo. (2009). El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA. 1ra. Edición, Lima-Perú. 555 pp.
51. SAN MARTIN CASTRO, César. (2003). “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. 2da ed. Ed. Grijley. Lima-Perú.786pp.
52. SAN MARTIN CASTRO, César (2001) “Derecho Procesal Penal”, Vol I, 1era ed. Ed. Grijley. Lima-Perú. 577pp.
53. SAN MARTIN CASTRO, César (1999) “Derecho Procesal Penal”, Vol II, 1era ed. Ed. Grijley. Lima-Perú. 1125 pp.
54. SCHMIDT, Eberhard. (2006). Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, Editorial Lerner. Córdoba.
55. SCHLÜCHTER, Ellen. (1999). Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant lo Blanch. Traducción de la segunda edición alemana. Valencia-España.
56. VEGAS TORRES, Jaime. (1993)Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.. Ed. La Ley. Madrid-España.
57. VERGER GRAU, Joan, (1994). “La Defensa del imputado y el Principio Acusatorio”. Ed. Bosch. Barcelona, 180 pp.
58. ZELAYARAN DURAND, Mauro. (2002). “Metodología de la Investigación Jurídica”. 2da ed. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú.377 pp.

59. VELEZ MARICONDE, Alfredo. (1986), Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editora Córdoba, Buenos Aires.

• **REVISTAS:**

1. ADRIAN, Javier. “El Principio de Proporcionalidad como limite al legislador penal”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 163- Junio 2007.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 101-105.
2. ANGULO ARANA, Pedro. “Proceso Penal y búsqueda de la verdad”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 130-Setiembre 2004.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 55-64.
3. ANGULO ARANA, Pedro. “La Prueba Preconstituida. En: Actualidad Jurídica. Tomo 147-Febrero de 2006.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 117-121.
4. AQUINO ESPINOZA, HerveMichell. “Las intervenciones corporales en el nuevo Código Procesal Penal”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 155-Octubre 2006. Ed. Gaceta Jurídica. pp. 131-137.
5. ASECIO MELLADO, José María. “El proceso penal con todas las garantías”. En Revista Ius et Veritas N° 33. Lima diciembre de 2006.
6. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal”. En Revista Derecho y Sociedad N°25.
7. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008, pp. 64 y 65).
8. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. La restricción del Derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Proceso Penal Español. En “El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales”. Palestra Editores, Lima, Perú, 2005, pp. 399 a 412.
9. HERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo. “Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿Excepciones a la regla?”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 153-Agosto 2006.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 138-141
10. NÚÑEZ OJEDA, Raúl Eduardo “*La instrucción del Ministerio Público o Fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España, Revista Doctrina y Jurisprudencia Penales N°01,Lima 2000, p.2.*
11. MARTÍN M. Ricardo (1999), Artículo: “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (1) (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, España. pp. 375-388
12. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El juez de garantías vs. El juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio*, Revista Peruana de Ciencias Penales, N°17, Lima 2005.
13. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Las Pruebas Ilícitas: Fundamento y alcance de la regla de exclusión. Revista del II Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología-Huanuco.2005.
14. MORENO CATENA, Víctor. La Garantía de los derechos Fundamentales de la Investigación Penal. Revista Poder Judicial y Justicia Penal. N° 2, Madrid – España. 1987.

15. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “La Búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal” En: Actualidad Jurídica. Tomo 145-Diciembre 2005.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 103-109.
16. PEREZ ARROYO, Miguel. “Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Las reglas de exclusión y las reglas de excepción”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 164-Julio 2007.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 135-143.
17. PRIETO SANCHIZ, Luís: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. En Pensamiento constitucional, PUCP, Fondo Editorial, 2002, año VIII, N° 8.
18. RAMÍREZ BAGES, Mariano H.: La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan 1981.
19. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “La Prueba Penal. Principios y momentos de la actividad probatoria”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 153-Agosto 2006.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 127-130.
20. ROBLES BRICEÑO, Mery E. “El Principio de Proporcionalidad como garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 165- Agosto 2007.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 136-141.
21. SAN MARTIN CASTRO. Cesar E. “La búsqueda de pruebas y restricción de derechos”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 144-Noviembre 2005.Ed. Gaceta Jurídica. pp. 249-259.
22. STRUENSEE, Eberhard. Prueba Prohibida. En Revista de Ciencias Penales N°4. Lima, pág. 667.
23. VALVERDE LUNA, Vanessa Sofía. “El Fundamento constitucional de la prueba ilícita”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 137-Abril 2005. Ed. Gaceta Jurídica. pp. 129-133.

• **CURSOS A DISTANCIA:**

- 1.- SAN MARTÍN CASTRO, César, y AZABACHE CARACCILO, César. Obtención y valoración de la prueba. Curso a distancia para magistrados. Lima: Academia de la Magistratura, 2000, pp. 41 y 42.
- 2.- QUISPE FARFAN, Fany. SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de capacitación sobre el Nuevo Modelo Procesal Penal -5 modulos- 2008.
- 3.- DIPLOMADO INTERNACIONAL “EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL” dictado por la Academia de la Magistratura de Marzo a Junio de 2009.
- 4.- CURSO VIRTUAL. "EL ROL DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL", ESCUELA DEL MINISTERIO PUBLICO. Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedel del 16.07.2009 al 16. 09.2009.

• **PAGINAS WEB:**

- 1.- www.google.com
- 2.- http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales
- 3.- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-806-09.htm>
- 4.- <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/gonzalezbalseiros.pdf> .

5. http://www.bcn.cl/xbc3x/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/allajudi.htm.
6. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Agosto/395-140802-C020035.htm>