



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ALLANAMIENTO EN EL PROCESO PENAL

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

Autor:

Espinoza Hidalgo, José Manuel

Asesor:

Guardia Huamani, Efraín Jaime
(ORCID: 0000-0002-7715-2366)

Jurado:

Gonzales Loli, Martha Rocío
Quevedo Pereyra, Gastón Jorge
Vigil Farias, José

Lima - Perú

2021

Referencia:

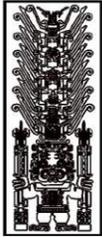
Espinoza, J. (2021). *La prueba ilícita en el allanamiento en el proceso penal* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Repositorio Institucional UNFV. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/5642>



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada (CC BY-NC-ND)

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede generar obras derivadas ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



Universidad Nacional
Federico Villarreal

VRIN | VICERRECTORADO
DE INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ALLANAMIENTO EN EL PROCESO PENAL

**Línea de investigación:
Procesos jurídicos y resolución de conflictos**

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

Autor:

Espinoza Hidalgo, José Manuel

Asesor:

Guardia Huamani, Efraín Jaime

Jurado:

Gonzales Loli, Martha Rocío
Quevedo Pereyra, Gastón Jorge
Vigil Farias, José

Lima- Perú

2021

DEDICATORIA:

Ofrezco este trabajo

Producto de mi esfuerzo

Y deseo de superación profesional

A mi esposa, hijos, madre y padre

JOSE MANUEL ESPINOZA HIDALGO

AGRADECIMIENTO:

Mi especial agradecimiento para los distinguidos Miembros del Jurado:

URIEL ALFONSOARAMAYO CORDERO

GASTON JORGE QUEVEDO PEREYRA

WILSON OSWALDO AGUILAR DEL AGUILA

Ha sido un honor contar con tan excelentes profesionales

en la evaluación de mi investigación.

Por su valiosa contribución académica

Agradezco a mi asesor:

GUARDIA HUAMANI EFRAIN JAIME

Muchas gracias a todos.

JOSE MANUEL ESPINOZA HIDALGO

Índice

Dedicatoria	II
Agradecimiento	III
Índice	IV
Resumen	IX
Abstract	X
Resumo	XI
I. Introducción	01
1.1. Planteamiento del problema	02
1.2. Descripción del problema	04
1.3. Formulación del Problema	05
1.3.1. Problema general	05
1.3.2. Problemas específicos	06
1.4. Antecedentes	06
1.5. Justificación de la investigación	09
1.6. Limitaciones de la investigación	10
1.7. Objetivos	10
1.7.1. Objetivos General	10
1.7.2. Objetivos específicos	10
1.8. Hipótesis	11
1.8.1 Hipótesis General	11
1.8.2. Hipótesis específicas	11
II. Marco teórico	12
2.1. Marco conceptual	12

2.2.	Constitucionalismo contemporáneo	13
2.3.	Particularidades del Neoconstitucionalismo	16
2.4.	Fuerza vinculante de los derechos fundamentales	17
2.5.	Prueba ilícita	19
2.5.1.	Concepto	19
A.	Regla de exclusión probatoria	21
B.	Fundamento	22
C.	Efectos prueba ilícita o prohibida	29
D.	Teoría del fruto de árbol envenenado	30
E.	Excepciones a la eficacia indirecta, derivada o refleja	33
2.5.2.	En el Perú	44
2.6.	El allanamiento	55
2.6.1.	Derecho Fundamental a la “Inviolabilidad de Domicilio”	55
2.6.1.1.	Reglamentación	55
2.6.1.2.	El domicilio	56
2.6.2.	Medida restrictiva de derechos	59
2.6.3.	Noción Allanamiento	60
2.6.3.1.	Particularidades	61
2.6.3.2.	Solicitud y ámbito	62
2.6.3.3.	Desarrollo de la diligencia	64
III.	Método	66
3.1.	Tipo de investigación	66
3.2.	Población y muestra	66

3.3.	Operacionalización de variables	68
3.4.	Instrumentos	69
3.5.	Procedimientos	69
3.6.	Análisis de datos	69
IV.	Resultados	71
4.1.	Estudio de la encuesta	71
4.2.	Contrastación de la hipótesis	86
V.	Discusión de resultados	91
5.1.	Producidos por la encuesta	91
5.2.	Contrastación de la hipótesis	94
VI.	Conclusiones	96
VII.	Recomendaciones	98
VIII.	Referencias	99
IX.	Anexos	104
	Anexo A: Matriz de consistencia	104
	Anexo B: Instrumento: Encuesta	105
	Anexo C: Validación del instrumento por experto.	108
	Anexo D: Confiabilidad del instrumento establecida por experto.	109

Índice de tablas

Tabla 1. Estructura de la muestra	68
Tabla 2. Cuadro de correlación de variables	87
Tabla 3. Cuadro análisis de varianza –ANOVA	89
Tabla 4. Cuadro de estadística	90

Índice de figuras

Figura 1. Resultado a la pregunta No. 1 encuesta	71
Figura 2. Resultado a la pregunta No. 2 encuesta	72
Figura 3. Resultado a la pregunta No. 3 encuesta	73
Figura 4. Resultado a la pregunta No. 4 encuesta	74
Figura 5. Resultado a la pregunta No. 5 encuesta	75
Figura 6. Resultado a la pregunta No. 6 encuesta	76
Figura 7. Resultado a la pregunta No.7 encuesta	77
Figura 8. Resultado a la pregunta No. 8 encuesta	78
Figura 9. Resultado a la pregunta No. 9 encuesta	79
Figura 10. Resultado a la pregunta No. 10 encuesta	80
Figura 11. Resultado a la pregunta No. 11 encuesta	81
Figura 12. Resultado a la pregunta No. 12 encuesta	82
Figura 13. Resultado a la pregunta No. 13 encuesta	83
Figura 14. Resultado a la pregunta No. 14 encuesta	84
Figura 15. Resultado a la pregunta No. 15 encuesta	85

Resumen

El examen al que he titulado “La Prueba Ilícita en el Allanamiento en el Proceso Penal”; lo he realizado con el propósito de estudiar ¿En qué medida resulta eficaz la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal? toda vez que, la legislación, la ciencia jurídica y la jurisprudencia inicialmente ha sostenido al unísono que la consecuencia que se aplicara en este evento, como una especie de sanción, es precisamente la exclusión de ese medio probatorio del proceso pero, en la praxis ocurre que: La regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican, tal como lo señalé en la hipótesis principal. Dentro de este contexto, con el objetivo del examen me propuse: Determinar en qué medida resulta eficaz la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el Proceso Penal. El enfoque metodológico empleado en este examen básico consistió en que se efectuó a nivel descriptivo-explicativo, los métodos empleados fueron los esenciales de la ciencia jurídica y sin direccionar el investigador las variables del examen, La muestra se organizó con cuarenta y nueve participantes de acuerdo a la orientación del muestreo no probabilístico. La información y los datos fueron recolectados y analizados empleando técnicas metodológicas y los resultados fueron analizados dentro del contexto teórico y con el programa Statistical Package for the Social Sciences.

Palabras clave: ilícita, allanamiento, exclusión, proceso.

Abstract

The examination that I have titled "The Illicit Proof in the Bitching in the Criminal Procedure"; I have done it for the purpose of studying To what extent is the exclusion of illegal evidence originated in the acquiescence in the criminal process effective? since legislation, legal science and jurisprudence have initially argued in unison that the consequence that will be applied in this event, as a kind of sanction, is precisely the exclusion of that probative means from the process but, in practice, it occurs que: The rule of the exclusion of the illegal evidence originated in the acquiescence in the criminal process is not very effective given that the judges do not apply it, as I indicated in the main hypothesis. Within this context, for the purpose of the examination I proposed: Determine to what extent the exclusion of the illegal evidence obtained in the acquiescence in the Criminal Procedure is effective. The methodological approach used in this basic examination was that it was carried out at a descriptive-explanatory level, the methods used were the essential ones of the legal science and without addressing the researcher the variables of the exam, the sample was organized with forty-nine participants according to the orientation of the non-probabilistic sampling. The information and data were collected and analyzed using methodological techniques and the results were analyzed within the theoretical context and with the program Statistical Package for the Social Sciences.

Keywords: illicit, trespassing, exclusion, process.

Resumo

O exame que eu intitulado "Evidencia Ilegal no Ataque em Processo Penal"; eu fiz isso com o propósito de estudar. Até que ponto a exclusão da evidência ilegal originada na aquiescência no processo criminal é efetiva? uma vez que, a legislação, a ciência jurídica e jurisprudência inicialmente realizada em conjunto a consequência de que aplicado neste evento, como uma espécie de sanção, é precisamente a exclusão desta evidência através do processo, mas, na prática, ocorre que a regra de exclusão de provas ilícitas no ataque originou em processo penal e ineficaz porque os juízes não se aplicam, como indiquei na hipótese principal. Dentro deste contexto, o objetivo da revisão proposta me determinar em que medida é efetiva exclusão de provas ilícitas obtidas durante a pesquisa no Processo Penal. A abordagem metodológica utilizada neste consideração básica foi que foi realizada nível descritivo-explicativo, os métodos utilizados foram o núcleo da ciência jurídica sem abordar o teste de variáveis de pesquisa, a amostra foi organizado com quarenta e nove participantes em conformidade à orientação da amostragem não probabilística. As informações e os dados foram coletados e analisados empelando técnicas metodológicas e os resultados foram analisados dentro do contexto teórico e com o Statistical Package for o programa de Ciências Sociais.

Palavras-chave: ilícita, pesquisa, exclusão, proceso.

I. Introducción

El proceso judicial se ha constituido en la herramienta empleada por el Estado, para remediar las pugnas que se presentan en la sociedad y que afectan la coexistencia pacífica. Esta labor ha sido confiada al Poder Judicial, quien decide a través de la sentencia, con fundamento en las pruebas que se hayan incorporado por los interesados y que le permitan tener un conocimiento de la situación lo más cercano posible a la realidad que se presentó al momento de originarse el conflicto. Pero, esa búsqueda de la “verdad” en el Estado actual, no puede lograrse a cualquier costo, se debe hacer observando las formalidades que la legislación ha previsto para la prueba en general y para cada medio probatorio en particular, así como los preceptos, principios y valores Constitucionales.

Esta regla debe observarse en toda clase de Procesos Judiciales, en especial en el Penal dado que sus consecuencias se materializan en la restricción del derecho fundamental a la libertad personal. En este tipo de actuación, se debe vigilar con mayor celo que las pruebas se ofrezcan o actúen con arreglo a la Ley y en especial, con respeto a los Derechos Fundamentales otorgados por la Constitución Política del Estado en favor de los sujetos procesales que en él intervienen, pero, en especial del imputado. De manera que, el medio probatorio que los contravenga debe ser excluido del proceso tal como lo sostiene la regla de la exclusión de la prueba ilícita.

Atendiendo a lo expresado efectué el examen denominado “La Prueba Ilícita en el Allanamiento en el Proceso Penal” a fin de establecer que tan eficaz o, qué grado de aplicación posee este postulado en la prueba ilícita, es decir, la obtenida con trasgresión de los derechos fundamentales del imputado en la diligencia mencionada efectuada en el marco de un Proceso Penal y que fue analizada en nueve apartados en investigación.

El primero: comprende todos los aspectos que introducen al estudio, se plantea el problema, la problemática, los objetivos, la hipótesis, las investigaciones que le preceden.

El segundo: Se analizan las doctrinas con las que académicamente se sustenta la investigación.

El tercero: Se desarrolla el aspecto metodológico empleado en la investigación.

El cuarto: contiene los resultados alcanzados a través de la encuesta y del procedimiento de contrastación de la hipótesis.

El quinto: contiene el examen de los resultados efectuado por la investigadora.

En el sexto. Se presentan las conclusiones obtenidas por la investigadora.

En el séptimo: se exponen las recomendaciones formuladas por la investigadora para superar el problema investigado.

El octavo. Corresponde al listado de las fuentes de investigación.

El noveno. Contiene los anexos o instrumentos en los que se cimentó la investigación.

1.1. Planteamiento del problema

Desde el año dos mil cuatro se viene poniendo en funcionamiento un nuevo modelo para ritualizar el proceso Penal organizado con observancia de los principios del modelo acusatorio, de acuerdo con el cual son particularidades del proceso penal 1) el respeto absoluto por los derechos fundamentales admitidos a las partes que interviene en él, especialmente del imputado; 2) se compone de tres fases: investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral. 3) A cada participante se le han asignado sus propias tareas: el Fiscal es el encargado de investigar y acusar, cuando haya lugar e ello; el jurista que defiende los intereses del imputado debe efectivizar se derecho a la defensa técnica y el Juez actuando con imparcialidad dirige juicio y es el encargado de emitir la sentencia correspondiente. 4) Se conceden disminuciones de la sanción

por la admitir de los hechos que se le endilgan; 5) las tareas de indagación y enjuiciar son independientes 6) La etapa del juicio oral es la esencial, en ella se practican las pruebas requeridas en la fase intermedia; las partes actúan al mismo nivel 8) El Magistrado debe actuar con rectitud, su opinión concibe a consecuencia de las pruebas prácticas frente a él en el juicio, etc.

El acatamiento y respeto de los derechos fundamentales del imputado, se ha previsto de forma expresa en el inciso segundo del artículo octavo del Título Preliminar del CPP en cuanto indica que: No producen consecuencias jurídicas las pruebas conseguidas, con quebrantamiento de los derechos fundamentales, específicamente del investigado, no deben ser apreciadas, deben suprimidas del proceso. Consideración que ámbito de la doctrina ésta corresponde a lo que se ha denominado la prueba ilícita o prohibida, por cuanto, tal como se ha indicado, se adquiere trasgrediendo los derechos fundamentales, cuya consecuencia dentro del modelo euro Continental, al que nos encontramos adscritos, es la expulsión del procedimiento.

Pero a pesar de existir esta prohibición y de haberse aceptado, de manera uniforme su consecuencia jurídica, en el ámbito del Derecho Procesal Penal se han previsto situaciones en las cuales, para lograr los fines del proceso, resulta lícito violentar los derechos del individuo, de manera que, cumpliendo los presupuestos procesales correspondientes, se pueden obtener pruebas sin que se les pueda aplicar la regla de la exclusión. Estas situaciones en el caso del Perú se encuentran previstas en el Título segundo, Sección dos, Libro Segundo del CPP bajo el *nomen iuris* de: La búsqueda de pruebas y restricción de derechos, bajo esta denominación se enlistan una serie de actuaciones debidamente reglamentadas por nuestro legislador para obtener medios de prueba, en situaciones en las que aparentemente se desconoce derechos de los individuos pero, que no pueden ser expulsadas de la actuación, entre las que se encuentra el allanamiento.

Es decir, en el caso concreto del allanamiento, circunscribiéndonos al objeto de la investigación; nuestra legislación Procesal Penal permite, para conseguir medios probatorios requeridos para clarificar el procedimiento, habiéndose previamente evidenciado a través de elementos de convicción su necesidad y acatando la máxima de la proporcionalidad que, el representante del Ministerio Público requiera motivadamente al Juez de la Investigación Preparatoria, autorización para que se efectúe, lo que en la práctica equivale a limitar el derecho de la inviolabilidad del domicilio del imputado amparado en el artículo segundo numeral noveno de la Constitución Política, de esta manera se puede acceder y registrar la morada pero, con observancia de las precisas circunstancias señaladas en la resolución que lo aprueba.

Es precisamente en el desarrollo del allanamiento donde se presentan situaciones que, desconocen o desbordan las previsiones de la norma procedimental Penal y violentan de manera ilegal el derecho a la inviolabilidad de domicilio tales como: la inexistencia de autorización judicial, efectuarse después de que ha caducado la orden, la incautación de bienes no contemplados en la autorización, el registro de una dependencia no autorizada, realizarse en lugar diferente al domicilio del imputado, etc. etc., que de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, en concordancia con lo normado por el referido artículo octavo del CPP, resultan ilícitas o prohibidas y como consecuencia carecen de efecto legal.

1.2. Descripción del problema

La dificultad que se examina en este trabajo consiste en la ineficacia de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso Penal.

Ante la situación descrita corresponde al imputado o afectado con la violación al derecho fundamental indicado, solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria, en el evento de que la

solicitud se presente durante la instrucción o en la etapa intermedia o al Juez Penal -Unipersonal o colegiado-; la exclusión de ese medio o prueba por ser ilícito o prohibido.

Conforme se ha expuesto, *a priori* se podría pensar que la decisión del Juez debería ser simple, ante una prueba o medio de prueba obtenido con violación o trasgresión del derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ordenar su exclusión del proceso de manera que no produzcan efectos legales pero, en la práctica legal esto no sucede, los jueces en la mayoría de los casos, no reconocen tal vulneración y a contrario *sensu* la convalidan, actuación que, en el caso concreto del Perú contribuye al menoscabo no solo del derecho a la inviolabilidad del domicilio sino, del derecho a la prueba lícita reconocido como fundamental por el Tribunal Constitucional desde el año 2005.

Esta es la problemática que originó este examen dado que, se debe establecer los motivos por los cuales en la práctica judicial la prueba ilícita no resulta eficaz, no es reconocida por los jueces quienes, de acuerdo con los principios del neo constitucionalismo deben propender por la defensa y primacía de los derechos fundamentales.

Se espera que una vez culminada la investigación se puedan presentar opciones procesales en el derecho penal para resolver esta situación permitiendo la eficacia de la prueba ilícita de manera tal que, ante un supuesto de violación de derechos fundamentales en la obtención de ella los Jueces procedan a su exclusión.

1.3. Formulación del Problema

1.3.1. Problema General

¿En qué medida resulta eficaz la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal?

1.3.2. Problemas Específicos

¿Cuál es el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal?

¿Cuál es la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces?

1.4. Antecedentes

En este trabajo se investigó la dificultad se presenta en torno a la exclusión de la prueba ilícita o prohibida obtenida en el allanamiento realizado dentro de un proceso Penal.

1.4.1. A nivel internacional

La investigación titulada “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba” coadyuva con la realización de este análisis al presentar una de sus conclusiones fundamentada en las manifestaciones el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional español conforme la cual, la validez de los principios y derechos reconocidos en la carta fundamental impone la declaratoria de nulidad de las fuentes de prueba alcanzadas en contradicción a ellos, la cual debe abarcar también las situaciones de eficacia refleja o indirecta. Principio que debe primar sobre los postulados de política criminal, entre los que se cuentan: la necesidad de efectividad del Proceso Penal y el peligro a la comunidad originados en la declaración de nulidad de los actos de investigación. No se debe aceptar la tendencia asumida por los Juzgados a los que les corresponde corregir o examinar las acciones de los organismos oficiales que origina esos hechos, las cuales son proclives a confirmar las violaciones a los derechos fundamentales desviándose del contenido de las normas jurídicas y acogiendo excepciones jurisprudenciales sin sustento legal exportadas de manera rápida y mecánica de la regulación estadounidense la cual no posee semejanza con el español. “A nuestro juicio, con la creación de la doctrina de la conexión de antijuricidad el propio TC está tolerando la vulneración de derechos fundamentales con claro apartamiento de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ, sin que, ante la gran

discrecionalidad que tal doctrina otorga a Jueces y Tribunales, constituya un remedio suficiente que éstos tengan presente el principio de proporcionalidad. (Campaner, 2015).

La exploración denominada “La prueba ilícita en el proceso Penal venezolano” dentro de la cual la investigadora arribó a la conclusión de que en ese país suramericano es la propia Constitución la que contempla la inadmisibilidad de la prueba ilícita, en consecuencia, “(...) se acogió la Doctrina de los Frutos del árbol envenenado, en la cual, la prohibición de valoración de la prueba ilícita debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que aun obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera.”.(Valconi, 2011).

El informe signado como “Semblanza de la prueba obtenida con violación de los Derechos Fundamentales, contemplada en la reforma al sistema de justicia Penal” en la que se consideró que por un período prolongado se concibió que “la verdad material se podía obtener a cualquier precio; maltratando e incluso torturando a los presuntos responsables de haber cometido un ilícito. Hoy en día se reconoce que el respeto a los derechos fundamentales de los inculcados no sólo es interés de estos últimos sino de la sociedad por lo que dicha verdad no puede obtenerse a cualquier precio.” (De la Rosa, 2013).

El artículo rotulado “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo” en el cual se concluyó que “(...) Una de las reglas de exclusión limitativa del poder persecutor del Estado es la prueba ilícita. Ella debe ser expulsada del proceso, sin embargo, no hay consenso en torno a que es lo que justifica dicha exclusión. En un primer momento, se la consideró prueba de baja calidad e indigna de confianza. Con el paso del tiempo, pasó a primar la visión de justificarse en la necesidad de prevenir actuaciones irrespetuosas de derechos fundamentales por parte de las policías y preservar la ética estatal.”. (Correa, 2016).

El ensayo llamado “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones” en el el jurista aborda la exclusión de la prueba ilícita desde el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia dentro del contexto de la legislación y la doctrina española

El análisis rubricado “La prueba ilícita y la regla de exclusión en la Constitución mexicana” en el que luego de analizar las figuras procesales penales de la regla de exclusión y la prueba ilícita desde una

perspectiva doctrinaria, normativa y jurisprudencial en México, concluyeron que: La normativa es tajante, al exigir a los Jueces la exclusión de los medios probatorios conseguidos con desconocimiento de los derechos fundamentales y procesales pues, al ser autónomos del compromiso legal en que se hayan visto inmersos sus autores. “Por ende, no debe permitirse a ningún costo la vulneración de derechos fundamentales, con lo cual debe estar suficientemente clara tanto la regla de exclusión y los alcances de la prueba ilícita en la norma constitucional como la procedimental, para así evitar subjetividades al momento de interpretar la norma por parte de los operadores del sistema de justicia penal.” (Anaya Miguel y Anaya José, 2016).

El examen titulado “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia” de acuerdo con lo analizado el autor llega a considerar que:

La regla de exclusión de la prueba ilícita tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las personas en el proceso, se aplicará a todo tipo de procesos, aunque el ámbito natural de aplicación será el proceso penal. En este tipo de proceso, la prueba ilícita presupone un conflicto entre dos intereses jurídicos contrapuestos, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, y la tutela de los derechos y libertades individuales. Este último bien jurídico, la tutela efectiva de los derechos y libertades, implicará no otorgar eficacia jurídica probatoria a todas aquellas pruebas que los vulneren, y ello, aunque suponga no castigar algunos delitos y que algunos delincuentes queden en libertad sin cargos. (Delgado, s.f.).

La observación designada “La cláusula de exclusión y la prueba obtenida mediante ilegítima invasión de la intimidad” en la que el autor señala que además de otros aspectos, se debe tener presente que en los eventos en que en la consecución de elementos de prueba implique a parte del derecho a la intimidad otros de la misma índole, se debe realizar estudios complementarios para sustentar la su exclusión. “Así, si en la búsqueda del material probatorio además de lesionar la intimidad se ofende el derecho a la vida o a la integridad personal, la aplicación de la cláusula de exclusión obliga a examinar la situación también desde la perspectiva de la protección constitucional de estos derechos.” (Rojas, 2011).

1.4.2. A nivel nacional

El ensayo titulado “Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la Jurisprudencia peruana. ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio?” en el que la autora consigno como conclusión que:

La prueba ilícita es aquella obtenida violando derechos fundamentales o actos procesales. La regla general es que toda prueba ilícita es inadmisibles, sin embargo, existen excepciones a dicha regla, que en algunos casos permiten valorar pruebas ilícitas. El principio de proporcionalidad es una de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, también es vulnerable porque si no se aplica correctamente puede significar la puerta de entrada a la comisión de muchas arbitrariedades y abusos por parte de los magistrados. (Orrillo, s.f.).

El escrito in titulado como “La reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita. Especial referencia a la “conexión de antijuridicidad” en los efectos reflejos.” En el que se dedujo que la particularidad de la ilicitud de un medio probatorio consiste en que, la vulneración del derecho fundamental se realiza con el propósito de conseguir una fuente de prueba que de otra forma no se conseguiría.” A este tipo de pruebas el sistema jurídico no les otorga validez, ni eficacia, anulando todos sus efectos probatorios. Sin embargo, aquí surge la primera interrogante metódica ¿este alcance anulatorio, alcanza también a aquellas pruebas que han sido obtenidas a través de esa prueba ilícita pero que cumple con todos sus requisitos intrínsecos y extrínsecos, exigidos por la ley.” (Nieves, s.f.).

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Justificación metodológica

En este examen se diseñó un tipo y método de investigación particular, que permitiera satisfacer los inconvenientes que se presentan en torno a ineficacia de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento efectuado dentro del marco de un Proceso Penal.

1.5.2. Justificación teórica

Dentro del contexto de los conocimientos especializados acerca de la ilicitud de la prueba, por la violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Tratados internacionales, se respalda la realización de este examen por cuanto, se orientó hacia un aspecto no investigado, la manera como las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita son empleadas para otorgar validez a los elementos de convicción hallados con vulneración de éstos en un allanamiento dispuesto en un proceso Penal.

1.5.3. Justificación práctica

Este examen contribuirá al ejercicio de la defensa de los imputados por cuanto, proporciona información que puede ser empleada para controvertir la legalidad de la prueba ilícita obtenida en un allanamiento dentro de un proceso penal por vulneración de los derechos fundamentales que la Carta Suprema y los instrumentos internacionales han admitió en su favor.

1.6. Limitaciones de la investigación

Una circunstancia que, en un comienzo, restringió este examen consistió en el poco número de audiencias de tutela de derechos que se realizaban para discutir la exclusión de la prueba obtenida con desconocimiento de derechos fundamentales.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Determinar en qué medida resulta eficaz la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el Proceso Penal.

1.7.2. Objetivos específicos

Señalar el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal.

¿Establecer cuál es la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces en el Perú?

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis general

La regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican.

1.8.2. Hipótesis específicas

El fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal está constituido por la jurisprudencia norteamericana y española.

La excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces es la de la ponderación de intereses.

II. Marco teórico

2.1. Marco conceptual

Derechos fundamentales: Conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas en virtud de la Constitución y los textos internacionales

Domicilio Especial: Es el impuesto por los mismos particulares para ciertos casos.

Domicilio general: Es para el ejercicio de todos los derechos en general en contraposición al especial.

Domicilio Legal: Es el que fija en función de presunciones basadas en el estado civil de la persona, su condición, o el cargo que desempeña.

Domicilio Real: Es el que tiene vigencia cuando no se presenta alguno de los casos donde opere la presunción legal. -artículo 33° C. C.-

Eficaz: Que produce el efecto esperado, que va bien para determinada cosa.

El medio de prueba: Es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.

Elemento de prueba: Todo dato objetivo incorporado legalmente al proceso y que es capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la acusación.

Imputado: Persona natural a la que se le atribuye la comisión de un hecho punible, puede ejercer los derechos reconocidos por la ley procesal penal durante todo el proceso.

La habitación: También llamada morada, es el lugar donde se encuentra la persona accidentalmente. Es de carácter temporal. Se constituye como el lugar donde la persona se halla por breve tiempo ya sea de vacaciones, por negocios o en el desempeño de una comisión.

La Residencia: Es el lugar donde la persona vive con su familia normalmente., puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio.

Ministerio Público: Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. Conduce desde su inicio la investigación del delito.

Órgano de prueba: Persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga. El imputado, el agraviado, el testigo, son órganos de prueba.

Proceso penal: Conjunto ordenado de actuaciones establecidos por la ley con el propósito de investigar, identificar y sancionar las conductas que constituyen delitos, de acuerdo a la tipificación establecida en el Código Penal.

Sujetos Procesales: Son todos aquellos que intervienen en el proceso penal de alguna u otra forma, el Código Procesal Penal los menciona de manera expresa: el juez, el fiscal, el imputado, el actor civil y el tercero civilmente responsable.

2.2. Constitucionalismo contemporáneo

Esta corriente es más conocida como Neoconstitucionalismo, se encuentra soportado en la admisión de los derechos o garantías fundamentales en la Carta Magna estricta, preponderante y obligatoria para todos y que está protegida a través del Control del Constitucionalidad y. por la apreciación amplia. Actuando como norma fundamental penetra de manera substancia el desenvolvimiento no solo de los poderes del Estado sino, a la sociedad en general, entendiendo a esta circunstancia existe una corriente doctrinal que lo considera como una tendencia jurídico-constitucional actual, en etapa de estructuración y fortalecimiento continuo de “constitucionalización” de toda la legislación lo cual acarrea, el establecimiento de un novel conocimiento en el ámbito del Derecho Constitucional.

Dentro de este contexto, esta corriente, entendida como una manifestación naciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, logra más adeptos con el trascurso del tiempo

“(…) sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años” (Carbonell, 2007, p. 9).

Ya adentrándonos en su conceptualización, la doctrina especializada con Sanchís a la cabeza ha considerado que: esta corriente también denominada simplemente Constitucionalismo es empleado para designar los múltiples atributos de una reciente formación legal, por lo cual posee un espectro amplio en su opinión posee cuatro significados: puede personificar una clase de estado de derecho, refiriéndose en este caso a una manera como se estructura de gobierno. También se emplea para designar una doctrina jurídica dirigida a exponer las particularidades de este movimiento. Otra de sus acepciones permite entenderlo como la corriente que propende por apoyar y conservación de esta corriente. Por último, se refleja en la ideología legal que influye sobre las concepciones jurídicas y métodos del Derecho, su nivel de desarrollo o la tarea del jurisconsulto, concretamente a asuntos relacionados con el vínculo imprescindibles o eventual entre “Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica” (Prieto, 2003, p. 9).

Otra tendencia para expresar lo que debe entenderse por neoconstitucionalismo o constitucionalismo a secas, es la que, brinda una noción concreta de acuerdo con la cual señala un prototipo constitucional, es decir, el grupo de dispositivos legales e institucionales, efectuados en “un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”. (Comanducci, 2002, p. 89).

En consonancia con lo indicado, se puede considerar al neoconstitucionalismo una tendencia dentro del ámbito jurídico que propende porque todo el sistema legal observe los

preceptos y principios constitucionales en consecuencia, restringe a los organismos gubernamentales y particulares en defensa de los derechos expresamente consagrados en la Carta Magna y los reconocidos por los tratados y convenciones internacionales para tal efecto, se modifican las consideraciones que se hacen de ésta cimentándola esencialmente en sus principios valores dentro de la cual ésta es la fuente primordial y predominante del régimen legal al ser caracterizada como rigurosa, superior y obligatoria.

Interpretando a Santiago (2008), esta corriente propone y alienta un novísimo vínculo del poder judicial con los otros organismos oficiales y con la colectividad con el fin de obtener la eficacia de los derechos reconocidos a las personas. Los magistrados están obligados a controlar y de ser necesario reemplazar a los otros poderes con el propósito de proteger los derechos reconocidos en la Constitución y posibilitar su ejercicio.

Dentro de los aspectos caracterizan a esta nueva forma de pensamiento jurídico, se puede destacar el de conceder especial trascendencia a la labor de jurisdiccional y de las Cortes Constitucionales, los cuales deben actuar de forma mancomunada para conseguir que los Derechos Fundamentales sean salvaguardados y defendidos de violaciones por otros organismos oficiales y particulares.

De esta forma, esta nueva corriente es diametralmente disímil al positivismo legal. Su origen ha sido ubicado por la doctrina en el continente europeo, después de ocurrida la Segunda Guerra Mundial con las Cartas Fundamentales de Italia de 1947, alemana de 1949, de portuguesa de 1976 y de española de 1978.

En Hispanoamérica por su parte, ha sido adoptada en las Cartas Fundamentales de Brasil de 1988, Colombia de 1991, Perú de 1993, México de 1994, Venezuela de 1999 y Ecuador de 1998.

Al asumir esta nueva corriente orientadora de sistema constitucional como rectora del desarrollo de las actividades no solo estatales sino también particulares, estos países y muchos otros como Hungría, India y Turquía, se evidencia la trascendencia que otorgan a la Carta fundamental como la norma suprema y a las Cortes o Tribunales Constitucionales como sus máximos defensores a través de diversos mecanismos jurídicos implementados tales como la acción de tutela, en Colombia, acciones de garantía Constitucional en el caso peruano; y paulatino progreso de los derechos fundamentales. Con fundamento en lo cual sus seguidores consideran que “Neoconstitucionalismo es una corriente europea, pero en franco proceso de expansión global” (Santiago, 2008).

2.3. Particularidades del Neoconstitucionalismo

La doctrina ha considerado que para poder distinguir a un Estado Neoconstitucional se deben evaluar la presencia de siete aspectos tal como lo expone Guastini (2007).

- La presencia de una Constitución rígida (escrita) y no flexible, complementada además con el establecimiento de un procedimiento complicado para su modificación a través del órgano legislativo, comprensivo también de los derechos fundamentales.
- Hegemonía de la Constitución como garantía jurisdiccional, las leyes deben expedirse con estricta observancia de los preceptos constitucionales, para verificar este aspecto se acude a:

Verificación a posteriori empleado en EEUU, se realiza por vía de excepción de inconstitucionalidad es realizado por el Juez dentro del ámbito de su competencia;

Verificación a priori empleada en Francia, a través de la acción de inconstitucionalidad lo efectúa el Tribunal o Corte Constitucional;

Verificación a posteriori empleado en Italia y España, realizado a través de excepción de inconstitucionalidad por el Tribunal o Corte Constitucional.

- Valor vinculante absoluto de la Constitución, entendiendo por tal no solo los derechos sino principios y valores que la orientan.
- La facultad de interpretar el texto Constitucional, por el cual se posibilita al juez ordinario o constitucional llenar los vacíos legales a través de ella.
- Aplicación inmediata de las normas y principios constitucionales sin que se requiera la expedición de una Ley que lo posibilite, lo cual indica que ésta no solo rige el poder sino los vínculos que existen entre los organismos oficiales y la comunidad.
- Al interpretarse la Ley debe armonizarse con los principios y preceptos constitucionales.
- El discurso político se ve influenciado por los principios y valores constitucionales dado que se fundamenta en los razonamientos realizados por el poder legislativo.

2.4. Fuerza vinculante de los derechos fundamentales

Dentro del Estado Constitucional los derechos fundamentales han sido imbuidos por los principios y valores orientadores de la Carta Magna., motivo por el cual “se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, y también por cierto en las relaciones horizontales o entre particulares, (...).” (Prieto, 2003, p. 109).

Dentro de este nuevo Estado Constitucional lo esencial, tal como lo plantea Robert Alexy es que se incorporen los derechos fundamentales a una Carta Magna a una Constitución rígida, preponderante y obligatoria; en la cual éstos no se limitan ser solo un postulado, sino que

“constituyen derechos subjetivos que se expresan a través de normas vinculantes que los ciudadanos pueden hacer valer frente al Estado ante los Tribunales. (Gómez, 2009, p. 103).

Acorde con lo anterior se puede considerar que los derechos fundamentales corresponden a aquellos derechos personales que la normatividad de un Estado asigna de forma global a todos sus habitantes, sin distinción de ninguna clase con la única condición de poseer capacidad para actuar. En este sentido los conciben como: “Los derechos primarios de la persona, que son los derechos humanos; los derechos primarios del ciudadano, que son los derechos públicos; los derechos secundarios de las personas, que son los derechos civiles; los derechos secundarios del ciudadano, que son los derechos políticos” (Ferrajoli, 2007, p. 291).

Tal como se evidencia, para esta nueva corriente filosófica jurídica, los derechos de las personas adquieren una significación mayúscula, los cuales poseen la misma importancia que el texto Constitucional y deben ser aplicados de manera directa de manera pues que, todos los organismos estatales y particulares deben observar y salvaguardarlos, previéndose como remedio para los eventos en lo que se presente “conflicto hay que acudir a la ponderación, la racionalidad y la proporcionalidad” (Alexy, 1997, p. 27), criterios que se aplican en el denominado test de proporcionalidad, concebido por la Doctrina para dilucidar situaciones difíciles en torno a la aplicación de los Derechos Fundamentales en los cuales se pondera: la naturaleza de los derechos en conflicto y la magnitud de las consecuencias que se derivan de la limitación de cada uno de ellos.

La aplicación y observancia de los Derechos Fundamentales en la actualidad no se realiza de forma aislada o individual, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional y la doctrina, en este aspecto se debe seguir los postulados del bloque de constitucionalidad, conforme al cual éstos se deben ser analizados “conforme a lo previsto en los tratados de

derechos humanos vigentes internacionalmente y para el Estado respectivo, así como teniendo en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos” (Monroy, 2007, p. 245).

2.5. Prueba ilícita

2.5.1. Concepto

La noción de prueba ilícita fue formulada, a comienzos del siglo XX en Europa concretamente en Alemania por Belino, en su investigación titulada “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Proceso Penal” la cual fue adoptada por la dogmática vigente en Italia como “prueba ilícita”. El sistema continental europeo lo asumió como “prohibiciones de valoración probatoria”; lo cual demuestra la influencia que sobre este realizó la “regla de exclusión” (*exclusionary rule*) que el sistema estadounidense aplicaba. Los sistemas jurídicos hispanoamericanos continuaron con esta tendencia y adoptaron la figura para el rotulo de prueba ilícita.

Para referirse a la prueba ilícita, dentro de la práctica legal del derecho penal, se suelen emplear como sinónimo las expresiones como “(...) prueba ilegal, prueba prohibida, ilegalmente obtenida, (...) prueba ilícita, irregular o irregularmente admitida (...) (Neyra, 2015, p. 419), sin tener en consideración que, en el ámbito jurídico su significado difiere.

Para alcanzar exactitud en torno a la locución que debemos emplear en rigor, tal como lo refiere Miranda (2007), se debe empezar distinguir los principios de: legalidad de la prueba y licitud de la prueba. Por principio de legalidad debemos entender que los elementos de prueba deben lograrse e integrarse al procedimiento observando las formas y reglas señaladas en la Ley. En cambio, el principio de licitud implica que todo medio de convicción debe lograrse y efectuarse acatando los derechos fundamentales

Atendiendo a los principios señalados por el ilustre jurista español la Doctrina y la jurisprudencia, de manera casi unánime, han elaborado el concepto de “prueba ilícita” aparejado al de “prueba ilegal”, de manera tal que la primera corresponde a aquella prueba producida y/o actuada con infracción de los derechos fundamentales. La prueba ilegal o irregular es la que se produce, ofrecida o actuada contrariando los requisitos establecidos por la norma adjetiva para su validez, pero, sin desconocer los mencionados derechos, tal como lo reitera Miranda (2010, p. 133).

Acepción que, conforme a la doctrina tradicional corresponde a la tendencia conceptual restrictiva o estricta (como es refreída por el Dr. Neyra Flores) de prueba ilícita, la cual resulta tener aprobación mayoritaria y a la cual no adherimos, dado que dentro de la actividad probatoria procesal penal resulta esencial el respeto de los derechos fundamentales, entendidos como aquellos reconocidos expresamente por la Constitución Política y por los tratados y convenios internacionales, “Si bien la averiguación de la verdad es la finalidad del proceso penal, ella no debe buscarse sin límites ni a cualquier precio.” (Cerde, 2010, p. 457).

La mencionada tendencia resulta conforme con los postulados del garantismo admitido por el sistema procesal contenido en el Código Procesal Penal (D.L. 957), tal como lo señalan en este sentido Ascencio (2008, p. 23), Cubas (2009, p. 364) Castro (2009, p. 66) entre otros.

En antagonismo de la perspectiva restrictiva, existe otro sector de la doctrina que plantea un discernimiento amplio de la prueba ilícita o prohibida de acuerdo con el cual, ésta se configura por la contravención de cualquier norma es decir, no solo aquella que ostenta el rango Constitucional sino en general cualquiera que hace parte del ordenamiento legal, evento en el cual se debe excluir del procedimiento ese medio de convicción, tal como se desprende de lo manifestado por Neyra, (2015, p. 420).

Este enfoque pretende salvaguardar el sistema jurídico pero, de aceptarse convertiría el proceso en un caos absoluto pues, permitiría que se eliminaran del procedimiento todas los medios probatorios que bien en su obtención, ofrecimiento o realización desconocieran de alguna manera las normas, incluidas la procesales, desconociendo que esta circunstancia se circunscribe a la figura de la nulidad, fenómeno debidamente regulado por la legislación Procesal Penal y que en la mayoría de ocasiones pierde la calidad al haber sido convalidado por la actuación del sujeto procesal a quien le incumbe o pudo haber afectado.

A. Regla de exclusión probatoria

La repercusión de distinguir la prueba ilícita de la ilegal, se circunscribe a los efectos legales que de cada una de ellas se derivan: en el evento de la prueba ilícita se genera la regla de exclusión (contemplando la eficacia a la prueba refleja o derivada) y, en el evento de la prueba irregular: la nulidad de los actos procesales conforme al régimen adjetivo legal y que, en determinados casos, pueden ser susceptibles de subsanación o convalidación.

En cuanto a la denominada regla de exclusión se debe señalar que posee un carácter universal y por el propósito que persigue, la defensa de los fundamentales de los sujetos procesales “puede aplicarse a todo tipo de procesos (penal, civil, contencioso-administrativo o laboral).” (Delgado, s.f.). Sin embargo, es dentro del Derecho Penal donde mayor incidencia tiene toda vez que, por su esencia, es el sistema legal dentro del cual mayor posibilidad existe de afectar los derechos fundamentales del individuo.

Pero, dentro del desarrollo histórico por el que atravesado los modelos penales a nivel universal se ha logrado verificar que, esta regla o norma no ha sido contemplada. Es así como el modelo inquisitivo, so pretexto de que el propósito del Proceso Penal era el de la averiguación de la verdad material, los medios probatorios ilícitos se aceptaban y se les otorgaba validez, todos

los mecanismos empleados para revelar la verdad eran salvaguardados y apreciados por el Magistrado aplicando el principio de la libre valoración de la prueba.

Esta costumbre fue diametralmente modificada al estructurarse los modelos penales acusatorios, inspirados por la observancia y defensa de los derechos fundamentales como axioma del Estado de Derecho vigente al momento en el que se instituyeron, al señalar expresamente “(...) una regla de exclusión probatoria en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (ilicitud probatoria)” (Miranda, 2010, p. 133).

En este mismo sentido se pronunció Tribunal Supremo Federal alemán expresar no existe en la normativa adjetiva penal fundamento para que se llegue a averiguar verdad a costa de lo que sea. Igual opinión expreso el Tribunal Supremo Español al sostener que con el establecimiento del Estado de Derecho y con la consagración en las Constituciones de los derechos y libertades de las personas, no se puede alcanzar la verdad procesal a cualquier costo.

B. Fundamento

La naturaleza, el alcance y los efectos de la regla de exclusión probatoria no son absolutos, éstos se diferencian dependiendo sí sus principios corresponden al Modelo: norteamericano o europeo-continental

Modelo norteamericano

Ha sido la doctrina la que ha caracterizado unánimemente al modelo norteamericano por la exclusión del texto Constitucional de la regla de exclusión o *exclusionary rule* y obviamente porque es privativo del régimen procesal-penal estadounidense.

La génesis de la *exclusionary rule* estuvo asociada a las cuarta y quinta enmiendas de la Constitución Norteamericana, es el en caso *Boyd vs. United States*, en mil ochocientos ochenta y

seis, resuelto por la Corte Suprema EEUU, en el que se discutió como medio probatorio una factura que fue presentada por el enjuiciado a pesar suyo. La Corte optó por excluir este medio probatorio con fundamento en que, la presentación de libros y documentos personales con el propósito de ser empleados en contra de quien fue forzado a realizarlo transgredía el contenido de la cuarta y quinta enmiendas de la Carta Magna estadounidense. Tal como lo refiriere Villegas (2015, p. 208).

Análisis similar se realizó en el caso *Weeks vs. United States* en mil novecientos catorce. Los hechos consistieron en que un hombre de apellido *Weeks* fue aprehendido procediendo los oficiales federales a confiscar, sin contar con una autorización judicial sus comunicaciones y papeles personales hallados en su domicilio y en su establecimiento, con fundamento en estos elementos probatorios *Weeks* fue sentenciado trasladar lotería. Al analizar el caso la Corte Suprema por fallo unánime encontró que en este caso, se vulneró en contra de *Weeks* la Cuarta Enmienda de la Carta Fundamental norteamericana, determinación que encauzó a la defensa de los derechos de los hombres salvaguardados en ella, a través de la *exclusionary rule* estableciendo textualmente que “(...) Mientras que los esfuerzos de Cortes y de sus funcionarios de traer el culpable al castigo son loables, no deben ser ayudados sacrificando los grandes derechos fundamentales asegurados por la Constitución (...)” (Villegas, 2015, p. 209).

Ya en mil novecientos veinte se utilizó la *exclusionary rule* en los casos *Silverthorne Lumer Co vs. United States* y *Nardone vs. United States* en mil novecientos treinta y nueve, oportunidades en las que la declaración no solo se circunscribió a declarar in válida los medios probatorios producidos con violación a los derechos fundamentales sino que en el caso *Nardone*, la prolongó a los medios probatorios que ellos procedían, máxima que vino a conformar la denominada por la doctrina “los frutos de árbol venenoso”.

En el caso *Rochin vs. California* producido por que el primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve tres alguaciles del condado de los Ángeles ingresaron sin orden judicial a la vivienda de *Rochin*, en su habitación, ubicada en el segundo piso los alguaciles vieron dos píldoras sobre su velador .y al observarlo *Rochin* seguidamente se las engulló, ante lo cual uno de los alguaciles lo interrogó por las píldoras, otro lo agarró por el cuello e introdujo dedos en su boca para provocar que las expeliera, sin poder lograr el resultado esperado. Ante lo cual los alguaciles procedieron a esposarlo y trasladarlo al hospital y sujetándolo con correas a una tabla, ubicaron un tubo en su boca y abdomen, le hicieron ingerir un líquido emético logrando de esta manera, que vomitara las píldoras en un balde. Los alguaciles rescataron las píldoras y las examinaron concluyendo que eran de morfina. En el momento en que el caso fue estudiado por la Corte Suprema de Justicia de norteamericana se declaró la existencia de quebrantamiento del derecho al debido proceso por cuanto las acciones de averiguación constituyeron shockeaba la conciencia de acuerdo a lo señalado por (Villegas, 2015, pp. 209-210).

A pesar de lo indicado, la imagen de la *exclusionary rule* es el caso *Mapp vs. Ohio* de mil novecientos sesenta y uno, por medio del cual se amplió su uso a todos lo procedimiento penales de todo el país (federales o estatales) en los que implique la cuarta enmienda. Este caso se inició en la búsqueda de un señalado por terrorismo y posesión ilícita de armas y explosivos por; informes de un delator oficiales llegaron a una vivienda en la cual presuntamente se ocultaba, en su búsqueda éstos tocaron a la puerta y pidieron autorización para ingresar e inspeccionar la morada pero, luego de preguntar vía telefónica a su abogado su arrendataria *Dolly Mapp* les negó el ingreso, situación ante la cual se procedió a rodear la edificación en espera de una orden expedida por un Juez, en la espera se unieron al anillo montado por los oficiales personal de apoyo. Trascurrido algún tiempo, los policiales intentaron nuevamente obtener la autorización de

la moradora para ingresar y al no producirse una contestación rápida violentaron el ingreso. La inquilina solicitó a los oficiales le exhibieran la autorización, pero como con la tenían, forcejearon con ella, la sujetaron con sus esposas y ejecutaron el registro detallado de la morada sin hallar ni al sospechoso, ni los elementos bélicos denunciados. Pero, si se logró ubicar elementos pornográficos cuya tenencia era castigada por la Ley del Estado, lo que condujo a que *Dolly Mapp* sufriera sanción por delito estatal de posesión de materiales obscenos. Pese a que la Corte Suprema prohibió los registros y detenciones ilegales sin que se presente una causa probable, así como las autoincriminaciones obligadas “(...) con el transcurso de los años la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*)” (Zapata, 2004).

Este fin para desalentar se encuentra consignado con los fallos de los casos *Calandra vs. United States* en mil novecientos setenta y cuatro y *Janis vs. United States* en mil novecientos setenta y seis en la que se expone que el objetivo esencia de la *exclusionary rule* consiste en prevenir los comportamientos policiales violatorios de los derechos fundamentales, además, añade, para suprimir los medios probatorios logrados con infracción de la cuarta enmienda, dado que su propósito es proteger los derechos que en ella registran, por medio del fin disuasorio (de la infracción en sí) y no como manifestación de un derecho reconocido por la Constitución en favor del perjudicado con la conducta.

El objetivo de persuadir *deterrent effect* es el sustento de la *exclusionary rule* del régimen adjetivo penal de EEUU en relación con esta justificación el Tribunal Supremo Federal estadounidense ha rechazado el empleo de esta regla en el evento en que los medios probatorios sean producidos por particulares tal como se acordó en el caso *Burdeau vs. McDowell* de mil

novecientos veintinueve o por oficiales forasteros en un lugar ubicado en territorio diferente a EEUU caso. *Verdugo-Urquidez vs. United States*, mil novecientos noventa en el que no se empleó la regla al referirse a medios probatorios conseguidos por oficiales policiales mejicanos en su país o cuando éstos procedieron de buena fe (*good faith exception*).” Conforme narra Miranda (2010, p. 135).

De este modo, la naturaleza de la *exclusionary rule* en el derecho adjetivo estadounidense no se justifica en la protección de los derechos fundamentales de los hombres contenido en la cuarta y quinta enmiendas de la Constitución sino en impedir la realización de acciones ilegítimas por los oficiales pertenecientes a cada uno de los Estados de la Unión o Federales por ende “(...) presenta un carácter subordinado o meramente instrumental (...)” (Díaz y Martínez, 2001, p. 77). De esta manera estamos ante un recuso instaurado por los Magistrados y que para lograr su cometido puede complementarse con correctivos otros facultativos que representen mayores beneficios *vervi gratia* sanciones penales o administrativas.

Modelo europeo-continental

Es el segundo prototipo en el que se emplea la regla de exclusión y es propio de los sistemas legales aplicados en la Europa Continental y la concibe como un elemento justo que procede de la Carta Magna., situando su origen en la afirmación del Estado de Derecho según la concepción del profesor Ferrajoli (1995, p. 537), determinado por la articulación de los organismos del Estado en favor de los de los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional, tal como de colige de lo expresado por Miranda (2010, p. 135).

El Tribunal Constitucional de Italia por su parte, expuso que los medios probatorios alcanzados con trasgresión de los derechos fundamentales reconocidos a las personas eran una *prove incostituzionali*, en un fallo relativo a una situación de intervenciones telefónicas

estableció: la inutilizabilidad en la causa de los medios probatorios producidos a través de técnicas o procedimientos efectuados con inobservancia de los Derechos fundamentales reconocidos en el texto Constitucional.

Dentro de este ambiente, señala Miranda (2004, p. 92), la dogmática vigente en Italia emplea la noción de *inutilizzabilità* para aludir al efecto legal o *sanzione processuale*, originado en la contravención de los impedimentos jurídicos para la producción de los medios probatorios y que alude a la ineficacia del medio de prueba, tal como se ha consagrado en el art. 91 de su Código de Procedimiento penal. Norma que posibilita la ineficacia de los medios de prueba, obtenidos en estas condiciones en dos momentos procesales: al apreciarse en el fallo y al haberse estudiado su admisibilidad, conforme lo expresa Villegas (2015, p. 212).

Dentro de la ciencia legal se anunciado como prototipo del patrón europeo-continental a la doctrina del entorno jurídico creada por el Tribunal Supremo Federal alemán, de acuerdo con la cual está prohibido emplear los medios probatorios que se hayan obtenido con quebrantamiento de los derechos fundamentales del imputado y no en el momento que posee relevancia trivial para éste.

Existen opiniones en contra de esta posición, una de ellas considera, tal como expone Ambos (2009), que no es precisa, ya que involucraría una limitación de los derechos fundamentales pese a que el imputado esta prevalido del derecho al debido proceso. Y otra que considera inapropiada la diferenciación que efectúa sobre la afectación esencial y accesorio pues, imposibilita el financiamiento de razonamiento de restricción fundado, llegando a generar en ocasiones, consecuencias discordantes. (Miranda, 2010, p. 135).

En cuanto se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania sustenta la teoría de la exclusión en la teoría de los tres círculos o esferas, estructurada sobre la base del nivel de

afectación de los derechos a: la personalidad reconocida en el artículo 2.1 y a la dignidad artículo 1.1., de la Constitución Política de Alemania

Atendiendo al principio esbozado, se parte de la existencia de:

- Un primer núcleo o esfera esencial de protección legal de la órbita íntima, conocida como privacidad personal, exenta a cualquier intromisión de los organismos estatales encargados de aplicar el derecho penal.
- La segunda esfera de protección la tolerancia de las intromisiones oficiales se sujetará a una ponderación realizada, con fundamento en la regla de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y el interés general, el que corresponde dentro del Derecho Penal a un sistema judicial eficaz. Siendo uno de los aspectos que más valor posee dentro de este ítem, la gravedad de la conducta investigada.
- La tercera esfera las intromisiones oficiales son aceptadas sin reparo alguno pues, no se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Miranda, 2010, pp. 135-136).

Esta tendencia alemana es criticada por la misma doctrina local, dado al emplearse surgen problemas relacionados con el concepto de núcleo intangible o simple ámbito privado.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional de España, en la década de los ochenta del siglo veinte, también cimentó la eliminación de los medios probatorios ilícitos expresando que: aunque no exista una norma jurídica específica que instituya la exclusión legal de los medios de prueba ilegalmente obtenidos, se capta que ésta se origina del enfoque destacado de los derechos fundamentales en el orden jurídico y en la categoría de inviolables que se les asigna, tal como lo señala el artículo 101 CE. No se pretende resolver de forma íntegra la cuestión procesal referida a los medios probatorios con origen ilícito, sino tan solo comprobar su vigor respecto de los derechos fundamentales, entendidos en su doble concepción: de derechos personales de los

pobladores y de componentes fundamentales del conjunto de normas establecidas en la sociedad en aras de obtener una coexistencia equitativa y en paz.

Pero, posteriormente este mismo colegiado español se ha apartado de esta consideración y sin plantear abiertamente un patrón de independización del sustento constitucional de la regla de exclusión ha implementado un razonamiento haciendo alusión a la necesidad de disuasión circunscribiendo su esfera de utilización a excepciones a análogas a las que operan en EEUU.

Tal como explica Miranda, (2010, pp. 136-137). Uno de los principios que deben ser valorados al momento de decidir sobre el empleo del impedimento de apreciación de los medios de prueba el Tribunal Constitucional alude a la presencia de causalidad o imprevisión grave en la vulneración del derecho fundamental, así como a la importancia objetiva de la vulneración. En desarrollo de este postulado, esta corporación estructuro la doctrina de la conexión de antijuridicidad, conforme a la cual los anteriores criterios, sirvan para eliminarla causalidad como la imprevisión grave, debiendo analizar en consecuencia el error, dentro del cual la necesidad de disuasión no puede estimarse imprescindibles.

C. Efectos prueba ilícita o prohibida

Por su esencia la prueba ilícita o prohibida trasciende al ámbito del derecho procesal bien sea, tal como lo precisa Neyra (2015, p. 430), y es aceptado por los juristas en general, la inutilizabilidad de los medios probatorios, lo que implica que no serán incluidos en el procedimiento y, de ser incluidos no poder ser evaluados en el fallo, de esta manera un sector de la doctrina considera que la consecuencia es análoga a la nulidad procesal.

Es decir, los efectos que se puedan originar de la prueba ilícita o prohibida se verifican al interior del proceso penal, se pueden considerar de dos maneras: debe ser inadmitida en el

proceso y, en el segundo caso, habiéndose aceptado, no se deben apreciar por el Magistrado al momento de sentenciar.

En el primer evento, es decir el concerniente a la inadmisibilidad del medio probatorio explica Miranda, (2004, p. 93), lo que se pretende es la inadmisión del medio probatorio obtenido vulnerando derechos fundamentales, en al sentido la manera más acertada de lograr que esos medios de prueba no acarreen consecuencias es prohibiendo que ingresen al proceso y de haberse admitido, exigiendo que se expulsen, es decir que se efectúe su exclusión material.

En el segundo evento explica Miranda, (2010, pp. 136-138), consistente en el hecho de que el medio de prueba ilícito, habiendo sobre pasado el control de admisibilidad, no constituye un inconveniente para no otorgarle valor demostrativo. Es decir, a pesar de que el medio probatorio haya sido incorporado al proceso se puede entrar a controvertir su ilicitud en pro de conseguir que no pueda ser apreciada por el Magistrado al momento de sentenciar a quien, le está prohibido cimentar un fallo de culpabilidad con fundamento en este tipo de medios probatorios.

D. Teoría del fruto de árbol envenenado

Tal como lo comenta Talavera, (2009, p. 153). La postulación la idea “fruto del árbol venenoso” nació en EEUU bajo la denominación de *fruit of the poisonous tree* o de forma más sencilla, *fruit doctrine*. En el caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States* de mil novecientos veinte en el que la Corte Suprema americana dispuso que el Estado no estaba autorizada para amenazar a un individuo para proporcionar documentos cuya preexistencia fue establecida por los organismos policiales a través de un registro ilegal.

En mil novecientos treinta y nueve en el caso *Nardone v. United Sates* la Corte empleó por primera vez la locución “fruto del árbol venenoso”, al decidir que no solo debía prescindirse

como medio de probatorio en contra de un imputado de las procesado grabaciones de sus conversaciones realizadas sin autorización del Juez, sino también otras pruebas obtenidas con fundamento en la información proporcionada por las mencionadas grabaciones. A partir de allí se continúan empleando este principio, tal como ocurrió en el caso *Wong Sun v. United States* en mil novecientos sesenta y tres en el cual se estableció la eliminación de los medios testimoniales y evidencias conseguidos como resultado de un registro y aprehensión ilegal; el caso *Brown v. Illinois* en mil novecientos setenta y cinco en el cual se ordenó la eliminación de la confesión realizada por un individuo ilegalmente aprehendido; el caso *Davis v. Mississippi* en mil novecientos sesenta y nueve se determinó la eliminación de las impresiones dactilares efectuadas en un individuo ilegalmente aprehendido a pesar de que coincidían con las ubicadas en el escenario de un asesinato. (Talavera, 2009, p. 153).

Conforme a los planteamientos expuestos, podemos establecer que de acuerdo a los postulados de *fruit of the poisonous tree* o, *fruit doctrine* o fruto del árbol envenenado, conforme señala López (2004, p. 962), la ineficacia de los medios probatorios ilegalmente producida perjudica a aquellos otros, que por esencia son legítimos, dado que se fundamentan en medios ilícitos.

Tal como se puede colegir la regla de la exclusión tiene como objetivo eliminar de la causa conseguida con trasgresión de los derechos fundamentales, tal como se concibe por el modelo euro continental y la finalidad disuasiva para los oficiales policiales del gobierno, tal como lo plantea el modelo estadounidense y, la teoría del árbol envenenado por su parte se dirige a rechazar los medios probatorios derivadas de medios probatorios ilícitos o prohibidos. De forma que, como indica Neyra (2015, p. 455), entre la trasgresión del derecho fundamental que convierte en prohibido al medio probatorio y éste, se presenta un vínculo de causa a efecto

dentro de la cual, la causa corresponde a la trasgresión y el efecto lo constituye el medio probatorio prohibido, evento en el cual este vínculo se hace extensivo al nuevo medio probatorio, o sea, al que se origina del medio probatorio inicial que resulta prohibido, produciendo la ineficacia de ella.

Miranda, (2010, p. 19), indica que los planteamientos de fruto del árbol envenenado, ha servido de fundamento para la teoría de la Eficacia Refleja de la Prueba Ilícita o los efectos reflejos de la prueba ilícita de acuerdo con la cual, la eliminación comprende no solo el medio probatorio primario actuado ilícitamente sino asimismo a todos aquellos medios probatorios provenientes, aunque éstos se hayan actuado de forma lícita. A saber, acorde con lo preceptuado por esta teoría se deben suprimir de la causa los medios probatorios que aunque efectuada lícitamente son el resultado en medio ilícitos o prohibidos, por las causales señaladas en el moldeo norteamericano o eurocontinental, el jurista Talavera, (2009, p. 153), ilustra esta situación exponiendo el caso de la confesión obtenida a través de la tortura, en la cual el imputado señala el sitio en el que se depositó los elementos objeto de la conducta, que se incauta de forma ilegal y también, en la interceptación telefónica ilegal, con fundamento en la cual los agentes de la PNP reciben una declaración que sindicada al imputado.

En España, también indica el mismo Talavera, (2009, p. 153), la dogmática ha estimado que al prevenir el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, no producirán efecto los medios probatorios producidos directa o indirectamente con infracción de los derechos fundamentales, la locución “indirectamente” usado en la norma significa que se ha admitido la teoría de la eficacia refleja de la prueba ilícita. A pesar de que, la norma no emplea estas palabras, la adopción de esta teoría resulta del empleo de la regla de la exclusión, tal como lo indicó el Tribunal Constitucional al referirse a las escuchas telefónicas.

En la legislación Nacional pensar acerca del hecho de que el artículo octavo del Título Preliminar la NCPP disponga que no produzcan consecuencias jurídicas los medios probatorios actuados directa o indirectamente con desconocimiento de los derechos fundamentales, tal como ocurre con la normativa española, admite la teoría de la eficacia refleja de la prueba ilícita, conforme a la cual, los medios de prueba producidos directa o indirectamente en medios probatorios prohibidos, también se deben eliminar.

El motivo en el que se soporta esta eliminación, consiste en la esencia suprema que el texto constitucional otorga a los derechos fundamentales.

Principios que coadyuvan a la salvaguarda de los derechos fundamentales en todas las esferas jurídicas, específicamente del procesado en el sistema procesal acusatorio.

E. Excepciones a la eficacia indirecta, derivada o refleja

Las excepciones a la eficacia indirecta, derivada o refleja, como suele denominarse, hace relación a una serie de eventos en los cuales, a pesar de que la nueva prueba se origine en una ilícita, ésta conserva su valor probatorio.

La fuente independiente

La fuente independiente o *Independent source doctrine*, conforme lo indica Neyra (2015, p. 460), en sentido estricto no configura una excepción a la exclusión de la eficacia de la prueba refleja debido a que, si el medio probatorio que debate no se vincula de ninguna forma con el medio probatorio ilícito previo no existe un vínculo que posibilite su eliminación.

La génesis de esta se encuentra de acuerdo con lo mencionado por Miranda (2010, p. 143), en la jurisprudencia creada por la Corte Suprema estadounidense fue empleada en el caso *Bynum vs. US* en mil novecientos sesenta, en una situación en la que se suprimieron las impresiones dactilares de un sospechoso luego de habersele aprehendido ilegalmente al no existir

prueba indiciaria adecuada. Luego de la aprehensión se obtuvieron las impresiones dactiloscópicas que al ser sometidas a un análisis por experto concordaban con la levantada en el sitio en que ocurrió un robo, dado que este medio de prueba se calificó como ilícito por proceder directamente de la aprehensión calificada como ilegal pues se efectuó sin que existiera causa razonable. Sin embargo, posteriormente los agentes policiales presento un nuevo análisis de experto en dactiloscopia, en el cual se indicaba la compatibilidad de las huellas encontradas en el sitio del robo y las preexistentes *Bynum* en los archivos de la Oficina Federal de Investigación de EE. UU y que no estaban vinculadas a la aprehensión ilegal, motivo por el cual la Corte admitió este nuevo medio probatorio por ser independiente y no tener relación con la aprehensión ilegal.

Otra situación en la que se verifico la aplicación de esta figura, fue según refiere Delgado, (s.f.), en el caso *Segura vs. United States*, en mil novecientos ochenta y cuatro, en el desarrollo de una averiguación por la conducta de tráfico de drogas, los agentes policiales ingresan a un domicilio sin contar con la autorización del Juez y arresta a los habitantes continuando allí durante el tiempo que se requirió para la obtención de la autorización correspondiente, la cual se logró con fundamento en los indicios que se poseían previo al allanamiento ilegal. La Corte tomo una decisión que se pudiera calificar como mixta: excluyó los medios probatorios hallados durante el primer ingreso y admitió los que se hallaron durante el cumplimiento de la orden judicial.

Se desaprueba esta excepción al considerarse perjudicial pues, su uso puede dar origen a variedad de situaciones que se constituyen en de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión probatoria, soportadas en la noción de “prueba independiente” excesivamente amplio.

Del descubrimiento inevitable

La circunstancia llamada también como hallazgo inevitable o *inevitable discovery* presenta características comunes con la anterior de forma tal que, ha sido concebida como una variedad de la fuente independiente pero mejorada.

Tal como se colige de lo expuesto por Delgado (s.f.), conforme a su postulado no se podría rechazar un medio probatorio proveniente de otro ilegal o violatorio de la Constitución porque a ese medio se pudo arribar a través de una averiguación. En otras palabras, conforme al desarrollo de la averiguación se hubiera llegado a la consecución de este medio probatorio sin sustentarse en el medio ilegal.

Tuvo su origen en caso *Nix vs. Williams* de mil novecientos ochenta y cuatro. Al examinarse el hecho de que en un interrogatorio ilegal el imputado manifestó haber producido la muerte de una persona, conduciendo a los policiales al sitio donde la había sepultado. La Corte suprimió las manifestaciones del imputado, pero, no el hallazgo del cadáver como consecuencia de ese interrogatorio prohibido porque, éste se hubiera descubierto dentro de las labores de búsqueda efectuada por más de 200 personas conforme a un programa de búsqueda que comprendía el sitio donde se halló.

Otro aspecto relevante consiste en que la Corte admitió la consecuencia de la aceptación violatoria de la cuarta enmienda con fundamento en que, el cadáver habría sido hallado irremediablemente por la búsqueda que se realizaba por el sitio. El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió la rastra de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo unas pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona” (Miranda, 2010, p. 144).

Vale decir, con fundamento en esta excepción el medio probatorio que procede de uno ilícito o prohibido no se suprime del proceso, dado que, de cualquier forma, durante el desarrollo de la averiguación se hubiera producido éste.

Uno de los detractores de esta causal de excepción es el jurista Neyra (2015, p. 468), por cuanto considera que es en esencia una excepción pues realmente existe un vínculo de causalidad entre el medio probatorio ilícito y la derivada que no se supera simplemente con la afirmación de que el cadáver, de la misma manera se hubiera hallado, observando los derechos fundamentales del imputado.

En el mismo sentido como indica Salas (2002), para que se pueda aplicar esta excepción, resulta necesario que la administración demuestre indiscutiblemente que el medio probatorio producido como consecuencia del desconocimiento de preceptos constitucionales se hubiera producido por acciones lícitas y autónomas de la actuación ilegal inicial. Es decir, se debe comprobar que inevitablemente se hubiera llegado a ese medio probatorio a través de acciones ajustadas a los mandatos constitucionales.

Esto es, como mecanismo de restricción en la aplicación de dicha excepción, se exige la demostración fehaciente, por parte de las acusaciones, de la inevitabilidad del descubrimiento, esto es, que la prueba obtenida como resultado de una violación.

Del nexa causal atenuado

La doctrina ha considerado que la excepción *Attenuated connection doctrine* o *Purged taint* corresponde a un tipo de excepción de la fuente independiente.

Apareció también en la jurisprudencia norteamericana en el caso *Wong Sun vs. US* cuando en mil novecientos sesenta y tres el Tribunal Supremo analizó el ingreso ilegal que origino la aprehensión de (A) la cual es su manifestación culpó a (B) de expenderle la droga

incautada, a consecuencia de esa sindicación se arresta a (B) confiscándosele droga y éste a su vez señala a un tercero (C) quien igualmente fue arrestado, todo como consecuencia del ilegal ingreso inicial. Luego de haber obtenido su libertad bajo fianza, (C) se presenta voluntariamente ante la policía y habiendo sido informado de sus derechos confiesa voluntariamente. El tribunal excluyó todos los medios probatorios excepto la última confesión, aceptando que de no haberse realizado el ilegal allanamiento inicial posiblemente ésta no hubiera ocurrido, pero, enfatizó la voluntariedad de esa aceptación de responsabilidad prevalida del conocimiento de sus derechos, gracias a lo cual se presentó una acción autónoma con la potencialidad de quebrar el vínculo causal originado en la violación primigenia. (Miranda, 2010, p. 146).

Tal como se desprende de lo manifestado por el Tribunal, en esta circunstancia se acepta la presencia de un vínculo causal entre el medio probatorio ilícito original y el que de él procede (último) el cual se manifiesta tan frágil y menguado que posibilita su incorporación a la causa. Pero, nuestra opinión difiere de este planteamiento, pese a los razonamientos formulados en pro de su incorporación a la actuación procedimental, se debe tener presente que no se ha realizado ninguna actuación que haya quebrado la relación de causalidad, a *contrario sensu* se ha consolidado la sucesión de medios probatorios provenientes de aquel que también devienen en ilícitas lo que indefectiblemente conlleva a su exclusión por su ilicitud.

Informa Miranda (2010, p. 146). Que la Corte Suprema Federal estadounidense perfecciono su enfoque inicial del Tribunal Supremo señalando los principios por los cuales se considera atenuada de la relación causal, entre los que se cuentan: el periodo transcurrido entre la producción del medio probatorio ilícito y el que procede de él, el compromiso de la infracción inicial, elemento de voluntariedad y observancia de las garantías que debe verificarse al momento de que el imputado acepta su responsabilidad.

La buena fe en la actuación policial

Acorde con lo señalado por Miranda, (2010, p. 140). La buena fe en la actuación policial como circunstancia que imposibilita la aplicación de la doctrina de la eficacia indirecta, derivada o refleja nació en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal estadounidense emitida en el caso León vs. US en mil novecientos ochenta y cuatro en el que se analizó el hecho de que la policía efectuó un registro con fundamento en una orden proveniente de un Juez que al ser examinada por un Tribunal Supremo se coligió que atentaba contra la cuarta enmienda por no tener causa probable sin embargo, la Corte aceptó el ofrecimiento de este medio probatorio por considerar que la policía había actuado de buena fe, pues creyeron y confiaron en que su intervención estaba apoyada en la autorización del Juez, por lo cual resultaba ilógico emplear el objetivo disuasivo de la exclusión.

En este fallo se sostuvo que, en el momento en que los policiales proceden de buena fe, con la convicción de que su desempeño es legal y no desconoce derechos fundamentales, la exclusión del medio probatorio ilegal no resulta procedente, toda vez que su finalidad es la de evitar comportamientos policiales legales en el porvenir (*deterrent effect*).

De acuerdo con su contenido, se puede apreciar la coherencia que esta figura posee con la justificación de la prueba ilícita adoptado por el sistema americano, pues en esencia se dirige a prevenir la realización de actuaciones ilegales de los policías, los cuales al proceder de buena fe, evitan su aplicación pues en la práctica, su conducta con es ilegal, por ende no se presenta “el *deterrent effect*, no existe un imperativo constitucional para impedir el acceso de la prueba que se logró a través de una lesión de un derecho fundamental. Si para la tutela del derecho sustantivo resulta indiferente la admisión del medio de prueba, no hay razón alguna para que sea vetado” (Díaz y Martínez, 2001, p. 78).

Conexión de antijuridicidad

La excepción denominada conexión de antijuridicidad proviene del modelo euro continental, con la expedición de la sentencia del TC Español No. 81 de mil novecientos noventa y ocho en la que se plantea que para que se reconozca la eficacia refleja no basta con que exista un vínculo causal-natural entre el medio probatorio ilícito y el medio probatorio lícito originado en él, sino que además se requiere que se dé una “conexión de antijuridicidad” y para su valoración se tendrá en cuenta la calidad y el tipo de violación inicial sobre el derecho fundamental, sus consecuencias y las necesidades básicas de defensa del derecho fundamental atacado por la violación y que convierte en ilícito este medio probatorio, criterios que a juicio del Tribunal corresponden a la perspectiva: interna y externa.

Miranda, (2010, pp. 148-149), refiere el numeral cuarto de la mencionada sentencia según la cual:

Para poder establecer si la conexión de antijuridicidad se presenta o no, se debe partir por examinar la naturaleza y particularidad de la infracción al derecho al secreto de las comunicaciones plasmadas en el medio probatorio primigenio y su coincidencia, con el propósito de establecer si desde un enfoque intrínseco, su inconstitucionalidad se comunica o no al medio probatorio deducido de aquel, a la vez se ha de razonar, desde un enfoque extrínseco, las necesidades indispensables de protección que la existencia eficaz del derecho al secreto de las comunicaciones demanda. Estos enfoques son suplementarios dado que, si el medio probatorio deducido aparece legalmente diferenciado de la violación del derecho y el impedimento para apreciarla no resulta ser un requerimiento de las necesidades indispensables de su defensa se puede deducir que su valoración desde el punto de vista deviene en constitucional, pues no trasgrede de forma negativa sobre los elementos constitutivos del derecho fundamental. Desde

este último plano se debe examinar la presencia o no de voluntad o descuido grave en la infracción primigenia, así como la esencia objetiva de la violación realizada conforme se deduce de lo expuesto por Miranda (2010, p. 149).

La jurisprudencia española al perfeccionar esta excepción, como indica Miranda (2010, p. 149), ha acordado que la aceptación voluntaria de la responsabilidad por parte del imputado realizada con observancia de las garantías y habiéndose informado sus derechos, puede, por sí misma corroborar los descubrimientos conseguidos a consecuencia de una conducta contraria a los derechos fundamentales, signándola como prueba jurídicamente independiente es decir, para el Tribunal Constitucional ésta permite superar en el ámbito jurídico la conexión causal con la actuación ilícita primitiva.

Se considera que esta excepción, se convertido en un inconveniente para alcanzar la exclusión del medio probatorio ilícito derivada pues, valiéndose de criterios subjetivos propios del funcionario judicial, encargado de apreciar: la vulneración del derecho fundamental en el medio probatorio primitivo; la manera como esa infracción se trasmite al medio probatorio derivado de aquél y sí realmente esa circunstancia debe ser amparada a través de la exclusión de la prueba derivada, se permite su admisibilidad y utilización en la causa, de manera tal que, el razonamiento para resolver sobre su exclusión de la causa o no se concentra en el desvalor o dimensión de la infracción al derecho fundamental en el primer medio probatorio y en la forma como puede perturbar al derivado, dentro del cual se corre el riesgos de que este se vea influenciado a por el capricho del Magistrado.

Prueba ilícita para terceros

La excepción de la prueba ilícita para tercero proviene de la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo de norteamericano realizada en el caso *Janes vs. United States* conforme con

la cual únicamente el que ha sido perjudicado por un registro o incautación ilegal, toda vez que la acción se realizó en su contra, se encuentra legitimado para debatir su legalidad.

En el Perú como lo recuerda Neyra (2015, p. 461). Los jueces Supremos reunidos en el Pleno Jurisdiccional de Trujillo en el año dos mil cuatro se manifiestan indicando que los medios probatorios producidos a través de la infracción de un derecho reconocido en la Constitución, pueden ser incorporados a la causa y consideradas adecuadas para sancionar a los acusados no perjudicados con la infracción ese derecho por cuanto, no existe coincidencia entre el titular del derecho quebrantado y el procesado que se sanciona.

Esta excepción a nuestro juicio, resulta desacertada pues omite que el propósito que se pretende al debatir la ilicitud del medio probatorio se circunscribe a su exclusión de la causa, es decir, como si nunca hubiera existido, sin que resulte comprensible ni lógico que esa exclusión, se realice selectivamente, es decir solo para el imputado que lo afecta y a la vez, considerarla incorporada y valorarla en contra de los otros procesados.

Error inocuo

Se verifica la existencia de la excepción de error inocuo, en el evento en que el medio probatorio ilícito o prohibido ha sido admitido en el proceso, por cuanto no se logró su exclusión, y se emite sentencia, sin embargo, no es susceptible de ser anulada al considerar el superior que esa negativa a excluir el medio probatorio ilícito o prohibido es intrascendente para el fallo el cual no se estructuró en ese medio probatorio. Es decir, la condena no obedece al medio probatorio ilegal.

Neyra (2015, p. 462), indica que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República dentro del caso conocido coloquialmente como “caso Ex congresista” sobre esta excepción señaló que: tal como se señala en los considerandos de la providencia el medio

probatorio ilegal, ha sido analizado como indicio, el cual ha sido ratificado por las otras declaraciones, las que valoradas en grupo, han originado el convencimiento de los Magistrados que lo juzgan, sobre la demostración de realización de las conductas por las que ha sido enjuiciado, así como de su responsabilidad. Siendo intrascendente la fuente y la forma como se obtuvo ese medio probatorio.

Esta excepción a nuestro juicio se justifica en la medida en que el medio probatorio que se considera ilícita o prohibida a pesar de ser no haber sido inadmitida en el proceso, no es fundamento para la sentencia, por ende, no afectaría el derecho fundamental del imputado.

Ponderación del interés

La excepción de la ponderación del interés surge en Norte América bajo la denominación *Balancing Test* o Test de ponderación, la cual corresponde al precepto según el cual, si ponderamos que con la improcedencia del medio probatorio ilegal no se alcanzara el objetivo disuasorio, no sería lógico prescindir del medio probatorio ilegal o prohibido.

La explicación corre a cargo de Neyra (2015, pp. 463-464), quien explica que, ello obedece a que el modelo estadounidense admite que el sustento de la exclusión del medio de prueba se da por el efecto de impedir que los agentes del orden actúen de manera ilícita en la consecución del material probatorio, es decir, con observancia a las cuarta y quinta enmienda.

Por otro lado, en el modelo euro continental, la explicación es diferente, pues en éste se pondera sobre la base de la afectación de los derechos fundamentales, de manera que se ponderan derechos que podrían verse afectados entre sí.

En una de las manifestaciones de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú, se pronunció sobre la colisión que se presentaba entre derecho a la intimidad y la tranquilidad

pública indicando que, en este caso con fundamento en la teoría de ponderación de los intereses enfrentados, resulta ser aparentes por ende se decidió en favor de la tranquilidad pública.

En la doctrina y la jurisprudencia peruana se acepta este test de proporcionalidad para resolver los casos difíciles de afectación de los derechos fundamentales.

Destrucción de la mentira del imputado

La excepción de la destrucción de la mentira del imputado se creó por parte del el Tribunal Superior de EEUU, en el caso *Walder vs. United States* al señalar que la fiscalía puede presentar en el juicio medios de prueba inconstitucionalmente logrados, con el propósito de crear duda respecto a la veracidad de las manifestaciones del imputado, en el momento que se presente discrepancia de la su manifestación de aceptación de responsabilidad con los hechos y sus afirmaciones previas a juicio oral se evidencie su propósito de faltar a la verdad para eludir la sentencia.

Compartimos la opinión del Dr. Neyra (2015), respecto a que esta excepción no es aplicable en nuestra legislación debido a que el imputado no está obligado a declarar la verdad.

Teoría del riesgo

Tal como lo informa el Dr. Neyra (2015), la excepción de la teoría del riesgo también proviene de la jurisprudencia del Tribunal Superior norteamericano sentado en el Caso *Hoffa vs. United States*. En ella se contrastan las acciones que un individuo ejecuta con la convicción de estar protegido por la Constitución contra las intromisiones ilegales a su morada, de las efectuadas voluntariamente ante otras personas con la errada tranquilidad de que ellos no lo denunciaran.

En el Perú esta excepción ha sido abordada por el Pleno Jurisdiccional de Trujillo realizado en el año dos mil cuatro, en el que se precisó que esta posición se ampara en el riesgo a

la denuncia que libremente admite un individuo que manifiesta ante otro su participación en una conducta típica o en acciones vinculadas a ella.

La Sala Penal de la Corte Suprema por su parte, dentro llamado vulgarmente “Caso Miembro del Tribunal Constitucional” dentro del contexto de esta excepción, indico que la presumida indefensión de los derechos del imputado se originó en una acción ilegal que posibilito la grabación por su coparticipe Vladimiro Montesinos Torres (...). Debio a lo cual es el imputado y no el Estado, quien debe adjudicarse la supuesta indefensión, conforme al principio “*veniere contra factum proprium*” (no se puede actuar contra los hechos propios). (Neyra, 2015, p. 467).

Prueba prohibida a favor del reo

La excepción de la prueba prohibida en favor del reo, tal como su nombre lo indica, supone que, aunque los medios probatorios resulten ser ilícitos o prohibidos, si su eficacia resulta favorable a los intereses del procesado, no debe excluirse.

En concepto de Pellegrini Grinover en este evento, se emplea el principio de proporcionalidad de manera restringida al derecho de defensa tutelado por el texto constitucional y concretamente en el Derecho adjetivo Penal fundado en el principio “pro reo”. Dentro de este aspecto queda comprendida la acción de aquel que graba subrepticamente su conversación con un tercero para demostrar su inocencia.” (Neyra, 2015, p. 470).

2.5.2. En el Perú

2.5.2.1. Fundamento de la prueba ilícita

Para determinar el argumento empleado respecto a la prueba ilícita en el país, se debe considerar que dentro del conocimiento jurídico Ascencio (2012), ha expuesto que, se han sentado dos perspectivas opuestas: una que asigna al medio probatorio ilícito o prohibido índole

constitucional directa o indirecta, mediata o inmediata y otra, que rechaza esa naturaleza, considerando que ha sido reconocida únicamente por la Ley pero con amparo en la Constitución cuya validez se deriva de la Ley que difunde una interdicción la cual sin ella no existiría. (Neyra, 2015, p. 426) de manera que, en consonancia con la segunda vertiente, la prueba prohibida no se originaria en la Constitución pues, su rechazo no se encuentra consignado expresamente en algún derecho fundamental, sino que, que es reglamentada en una norma jurídica con rango no constitucional.

Analizando los enfoques mencionados, nos identificamos con el que considera que la esencia de este tipo de medio probatorio es constitucional por cuanto, su propósito está orientado a salvaguardar los derechos fundamentales otorgados por la Constitución en favor de todos los individuos, suprimiendo los medios probatorios producidos con su infracción.

A pesar de que nuestra Carta Fundamental no prevé un canon haga referencia a la prueba ilícita y por ende se le pueda considerar como su cimiento, la doctrina ha tratado de clarificar la situación, procurando establecer cuál es el derecho constitucional sobre el que se soporta la prueba ilícita, exponiendo varias perspectivas:

En primer lugar como se desprende de lo señalado por Neyra (2015, p. 427), se plantea que se soporta en el numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental, esto es el derecho al debido proceso, el cual se concibe como un requerimiento moral y legal exclusivo del Estado de Derecho consagrado en el artículo cuarenta y tres de las misma norma, siendo una de sus obligaciones fundamentales proteger los derechos fundamentales dejando a salvo la seguridad ciudadana y la promoción de justicia. En segundo lugar, se expone que la supresión de la prueba ilícita se soporta en el derecho a la tutela procesal efectiva, entendido

como debido proceso, es decir en las garantías judiciales requeridas para la defensa de los derechos fundamentales consignadas en el artículo octavo del Pacto de San José.

Un tercer enfoque referido por San Martín (2006, p. 643), expresa que el cimiento Constitucional de la exclusión de la prueba ilícita en el Perú se encuentra en el derecho fundamental a la presunción de inocencia por cuanto éste demanda una exigua o conveniente actividad probatoria, realizada con observancia de las garantías procesales y/o que la convicción a cerca de la responsabilidad de fundarse en la apreciación de los medios probatorios incorporados al proceso observando los requisitos legales.

La jurisprudencia Constitucional ha abordado este tópico en el caso Químper Herrera, indicado que: La prueba prohibida es un derecho fundamental que no ha sido consagrado explícitamente en la carta fundamental, que asegura a todos los individuos que la prueba producida con violación de algún derecho de esta categoría sea suprimida del proceso sin interesar la materia a que se refiera para resolver la condición legal del individuo. Dentro de este contexto se debe hacer claridad en torno al hecho de que, la improcedencia de la prueba no solo depende de su utilidad y pertinencia sino también de su licitud.

Siendo coherentes con los planteamientos expresados, se considera que en nuestra legislación la prueba prohibida posee un fundamento Constitucional, al punto tal de concebirse, tal como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional como uno de los derechos fundamentales de la persona, orientado a asegurar que todo medio de prueba obtenido con vulneración a sus derechos fundamentales se rechace o no pueda ser apreciado en la causa. Perspectiva implica prescindir de la opinión mayoritaria de la doctrina nacional que identifica en soporte constitucional de la prueba prohibida, en los derechos del debido proceso y la presunción

de inocencia, los cuales vendrían a complementar su ejercicio en la medida que los medios probatorios se deben actuar con respeto a las garantías constitucionales y legales.

2.5.2.2. Prueba ilícita en la jurisprudencia peruana

Los jueces no han sido ajenos a referirse a la prueba ilícita o prohibida, es por ello que en la jurisprudencia de nuestro país su noción se ido modificando de la siguiente forma:

Para el Tribunal Constitucional en el caso Lastra Quiñones al señalar que “prueba ilícita” es la que es producida o practicada desconociendo los derechos fundamentales o se contravienen las formalidades previstas por la ley procedimental, de manera que no produce efectos jurídicos en el proceso.

Analizando la manifestación del Máximo defensor de la Constitución Política podemos colegir que, adopta una noción amplia, en el sentido de comprender o estructurarse no solo por la infracción a los derechos fundamentales sino, además de normas adjetivas o del debido proceso.

Este mismo colegiado, posteriormente, en el llamado caso Quimper, cambia su posición y de manera expresa, opta por admitir una noción restringida por cuanto expresa que, en el sistema normativo peruano, un medio probatorio se estimará prohibida cuando se produzca por medio de la trasgresión directa o indirecta, exclusivamente de un derecho fundamental, sin considerar aquellos que ostentan categoría legal.

Este criterio ha perdurado hasta la actualidad, para el Tribunal Constitucional un medio probatorio es ilícito o prohibido a consecuencia de haber sido obtenido o actuado con trasgresión de los derechos fundamentales de la persona.

El razonamiento del TC ha sido acogido la Corte Suprema de Justicia de la República en diversas determinaciones, entre las que el jurista Neyra (2015), hace referencia al Recurso de

Nulidad No.3182-2012, Callao abril quince de dos mil trece, por cuanto en sus fundamentos sexto y séptimo se indica:

Que, en el asunto en análisis, es indiscutible que nos obtuvo la orden proferida por el Juez para efectuar un allanamiento al domicilio y tampoco para confiscar elementos ilegales. Los policiales al planear y efectuar esta maniobra de restricción de derechos, aun teniendo la posibilidad, omitieron comunicar previa y formalmente al Ministerio Público para que aprobara y enmendara la actividad que se cumpliría.

Menos aún se ha demostrado que el procesado de forma voluntaria haya prestado su consentimiento para la entrada e inspección de su domicilio. La mera manifestación de los efectivos, sin medio probatorio que la reafirme, y teniendo en cuenta que tampoco se suscribió el escrito para lograr la autorización del Juez. Es preciso señalar que a los miembros de la PNP y del Ministerio Público, en su caso, les incumbe demostrar, el consentimiento del titular del derecho, no del procesado o inquilino de un inmueble que lo emplea como su domicilio.

Como resultado, el estupefaciente aparentemente confiscado -. Teniendo en cuenta la denegación del procesado y que no suscribió el acta correspondiente- deviene en prueba de valoración prohibida, atendiendo a lo cual no puede ser apreciada como sustento de la condena. (Neyra, 2015).

Para la situación concreta referida, ha establecido la Corte Suprema que en el evento de proceder a efectuarse una diligencia de ingreso y registro domiciliario, resulta obligatorio contar con la autorización judicial y con el medio probatorio que demuestra el asentimiento del morador, pues, de lo contrario se convierte en un medio de prueba ilícita o prohibida dado que desconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, garantizado en favor de las

personas por el numeral nueve del artículo segundo de la Constitución Política, atendiendo a lo cual, debe ser excluido y no valorado en el proceso..

Otro ejemplo con el que Neyra, (2015), ilustra la posición de la jurisprudencia lo constituye el llamado “Caso Los Lituanos”, Recurso de Nulidad agosto seis de dos mil trece, oportunidad en la cual la Corte Suprema prescribió:

Que, en la situación en análisis, la defensa presenta dos enfoques: i) indefensión material, configurada en el momento en que los procesados estampan su rúbrica en las actas sin saber el idioma español y ii) allanamiento policial del inmueble sin observar los requisitos señalados por el numeral nueve del artículo segundo de la Constitución Política.

En este contexto, la ilegalidad constitucional del ingreso e inspección en el domicilio establece que los que fue confiscado, que constituye el medio probatorio original, y los exámenes técnico especializados efectuados sobre ello, medio de probatorio derivado, no poseen valor legal.

A lo anterior debe aunarse el hecho de que, se presentó una situación de indefensión material por la carencia de traductor, no obstante, se debe señalar que, desde una visión general, que la sola suscripción del acta por el aprehendido no es esencial para afirmar su eficacia procesal, lo trascendente es las observancias de los requisitos señalados para la realización de la actividad para la consecución de los medios probatorios- los que no se observaron en el asunto analizado.

Este pronunciamiento es destacable por cuanto, fundamenta la exclusión de los medios probatorios aplicando no solo la teoría de la exclusión de la prueba ilícita o prohibida sino también, la refleja, en el caso del acta, lo que permite evidenciar que nuestros Jueces pueden

restarles valor probatorio a los medios producidos con desconocimiento directo e indirecto de los derechos fundamentales de las personas.

2.5.2.3. Prueba ilícita en el CPP

El Código Procesal Penal peruano reglamenta lo relacionado con la prueba ilícita en los artículos: octavo del título preliminar y ciento cincuenta y nueve.

Interpretando lo argumentado por Neyra, (2015, p. 433), tenemos que el artículo octavo al aludir a la legitimidad de los medios probatorios explícitamente indica: en su numeral segundo que no poseen efecto legal los medios probatorios producidos directa o indirectamente, con trasgresión de los derechos fundamentales. Atendiendo al contenido de la norma, se puede colegir que nuestro legislador al estructurar la prueba prohibida admitió la posibilidad de establecerla a partir del desconocimiento directo de un derecho esencial o por los efectos que éste produce sobre los medios probatorios que de él se deberían, lo cual se condice con los planteamientos de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

El artículo ciento cincuenta y nueve por su parte, desarrolla y enfatiza sobre la prohibición de la prueba ilícita, indicando que, en el proceso, al Juez se le impone la obligación de no emplear, directa o indirectamente, fuentes o pruebas producidos con infracción del contenido necesario de los derechos fundamentales. Es decir, de acuerdo a esta última disposición, ningún Magistrado en el ámbito del Proceso Penal, llámese sea de la Investigación preparatoria o Penal (Unipersonal o Colegiado) encargado del juicio, puede fundar directa o indirectamente sus decisiones en pruebas ilícitas o prohibidas.

Acorde con el planteamiento asumido por el legislador resulta viable afirmar, compartiendo los planteamientos Neyra (2015, p. 433), de que, el Código Procesal Penal, al igual que otras legislaciones imbuidas pro los postulados del modelo eurocontinental, sustenta la

prueba ilícita en consideración a la posición destacada que en nuestra normatividad poseen los derechos fundamentales.

En al ámbito de la Jurisprudencia existe un planteamiento, en el que el Tribunal Constitucional atendiendo, se pronuncia de acuerdo a los principios de la teoría de la exclusión y reitera la carencia de efectos jurídicos de los medios probatorios conseguidos trasgrediendo los derechos fundamentales, es el conocido caso SERPOST, en el cual conforme a lo referido por Neyra (2015).

Esta empresa da por terminado la relación laboral a uno de sus trabajadores por supuestamente, utilizar sus recursos de menara incorrecta, efectuando en su jornada de trabajo actos personales, completamente extrañas a su trabajo, verificándose el envío de elemento con contenido obsceno a través del correo electrónico, indicado carencia de facultades y aptitudes para el ejercicio de sus labores y contravención a Reglamento Interno de Trabajo”

El TC parte indicando en su considerando dieciocho que: el artículo segundo inciso diez de la Constitución Política prescribe que, todo individuo tiene derecho a que sus comunicaciones y sus escritos personales sean convenientemente resguardados y que éstos y los utensilios en que se encuentran, no logren ser abiertas, confiscadas, interferidas o controladas sino por disposición judicial convenientemente fundamentada y con las seguridades exigidas por la Ley. En cierto momento se puede discutir que el fundamento u origen de algunos mensajes y escritos con de propiedad de la compañía en la que presta sus servicios el empleado, esto no implica que puede atribuirse de manera privilegiada y absoluta su propiedad, pues esta aseveración altera los atributos del individuo, haciendo entender que, éstos pueden ser desconocidos con el pretexto de conservar el puesto de trabajo.

En el considerando veintiuno el TC establece lo que se analiza en esta oportunidad, no es que la compañía haya realizado una averiguación sobre una conducta que supuso censurable, el empleo del correo electrónico para propósitos particulares, sino el método empleado para verificar su responsabilidad en estos hechos del empleado investigado.

A cerca de este punto, resulta claro que si lo que pretendía era establecer si el empleado uso su correo electrónico para finalidades diversas a los sus deberes, la única alternativa que se poseía para demostrarlo era entablar una demanda en el Poder Judicial, pues esta actuación procesal se encuentra establecida en la Constitución. Por el contrario, la empresa demandada, no procedió de esta forma, simplemente con apoyo en la capacidad fiscalizadora que ley se ha reconocido, ingreso a los correos particular del empleado, conducta que está prohibida por la Carta Magna, al referirse, esta situación a la protección de los mensajes y escritos personales y la seguridad de que esta restricción solo puede ser restringida por una orden judicial y con la observancia de las garantías previamente establecidas por la ley.

La emplazada, menos aún ha considerado que el procedimiento empleado para hallar los elementos aparentemente inculpatarios, se ha trasgredido la reserva de los mensajes y el resguardo judicial, sino que han logrado que esos componentes no posean validez. Sin duda, tal como lo señala el inciso final del décimo inciso del artículo segundo de la norma fundamental, los escritos personales producidos sin observancia de estos principios, no producen efecto legal. Lo anterior implica que por el modo como se han conseguido los recados empleados en el procedimiento interno, no tienen ninguna capacidad demostrativa, lo cual deriva en que el despido sea nulo. Lo que se persigue es asegurar que las pruebas ilícitamente producidas no tengan la potencialidad de modificar la esencia de los derechos fundamentales y que ellos se produzcan consecuencias negativas.

Tal como se aprecia, esta sentencia el TC, lidera la defensa del derecho la inviolabilidad de las comunicaciones de un trabajador, se establece que este derecho es absoluto, no se puede flexibilizar dentro del ámbito de las relaciones laborales, con el pretexto de obtener pruebas para sancionar una conducta que contraviene el reglamento interno, para esta y en todas las ocasiones en que se requiera acceder a las comunicaciones o documentos de una persona se debe, obligatoriamente, una acción judicial dentro de la cual se podrá solicitar la autorización para ello pues, de lo contrario toda información obtenida, por mandato expreso de la Constitución Política, no posee valor legal.

Para el caso Penal concreto Neyra (2015), ejemplifica la inadmisión de la prueba ilícita o prohibida, con el pronunciamiento emitido por la de la tercera Sala Penal para Reos en Cárcel dentro de una acción de Habeas Corpus, dentro del cual se discute la incorporación de un audio que contenía la impresión de diálogo efectuado por los socios de una empresa con un tercero sin tener el beneplácito del Juez y efectuada por un tercer individuo extraño a los interlocutores ante lo cual la Sala expreso:

Debido a la inexistencia de la autorización judicial para la intervención de los teléfonos y su consiguiente grabación de los interlocutores, se ha originado la violación del artículo segundo inciso veinte en concordancia con el numeral tercero del artículo ciento treinta y nueve de la norma fundamental, situación agravada aún más si se tiene en cuenta que no se procuró cumplir con los requerimientos que se deben cumplir para tal fin, de acuerdo a lo señalado por la Ley 27697, reglamentaria de la intervención telefónica, motivos por los cuales este medio probatorio se convierte en ilícito.

Considerando que el medio probatorio prohibido se produjo con violación de los derechos fundamentales del investigado durante la etapa de la investigación, deviene en

obligatorio requerir al Juez de la Investigación Preparatoria su exclusión, con fundamento en lo regulado en fundamento diecisiete del Acuerdo Plenario No. 4-2010/CJ-116 conforme al cual:

Dentro de una audiencia convocada para tutelar los derechos del imputado, se puede requerir la exclusión de las pruebas producidas ilícitamente –siempre que de ella se deriven diligencias o sirva para adoptar medidas- sin que exista una acción específica para lograr este objetivo y esté relacionado con la violación de uno de los derechos fundamentales del procesado contenido en el artículo setenta y uno del Código Procesal Penal.

La viabilidad de impugnar las pruebas producidas ilegalmente proviene de la afirmación del principio de la legitimidad de los medios probatorios. Principio conforme al cual, la prueba debe ser apreciada únicamente si producido y ofrecido en l causa a través de un método permitido por la Constitución y que, no producen consecuencias legales los medios probatorios conseguidos directa o indirectamente con desconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, consagrado en el artículo octavo del título preliminar del Código Procesal Penal y del empleo de los medios probatorios, artículo ciento cincuenta y nueve de la misma normativa adjetiva, que prescribe que el Magistrado no los puede emplear ni directa ni indirectamente. ,

Como consecuencia de lo indicado, es factible acudir a audiencia de tutela de derechos para debatir los elementos probatorios producidos ilegalmente y como consecuencia que sean excluidos, como alternativa enmendadora o de amparo.

Otro de las fases procesales en las que se puede solicitar la inadmisión de la prueba ilícita en el proceso penal, es la etapa intermedia, desarrollada en la audiencia preliminar en la cual uno de sus aspectos es precisamente que los sujetos procesales pueden controvertir la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos para que el Juez decida su pedimento.

Finalmente, si el medio probatorio ilícito fue indebidamente incorporado a la causa, el Juez al momento de entrar a valorarlo con fundamento en la facultad que le concede el artículo ciento cincuenta y nueve del Código Procesal Penal, puede excluirlo. La incorporación del medio probatorio se produce por su oralización o realización en la audiencia del juicio

De esta manera se observa que, la normativa adjetiva Penal es coherente, de acuerdo a lo señalado por el Acuerdo Plenario No. 4-2010/CJ-116, en la investigación preliminar y la instrucción, al no existir un momento procesal específico o una vía procesal propia para pedir la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, se puede acudir a una audiencia de tutela de derechos, una vez formulada la acusación fiscal esta petición la resolverá el Juez Penal (unipersonal o colegiado) vía exclusión fundamentada por el sujeto procesal requeriente y si, por cualquier circunstancia la prueba se incorporó y actuó en el juicio el Juez no debe valorarla para tomar la decisión final.

2.6. El allanamiento

2.6.1. *Derecho Fundamental a la “Inviolabilidad de Domicilio”*

2.6.1.1. Reglamentación

A. Constitución Política del Estado

La inviolabilidad de domicilio está regulada como un derecho Fundamental en el artículo segundo numeral noveno de la Constitución Política del Perú de acuerdo con el cual, ninguna persona puede penetrar a él, ni realizar averiguaciones o inspecciones aquiescencia del individuo que lo ocupa o sin poseer autorización expedida por el Juez, excepto en las situaciones de flagrancia delictiva o ante la amenaza de su realización. También las situaciones originadas en sanidad o de grave riesgo deben ser reglamentadas por la Ley.

B. En Instrumentos Internacionales

El derecho a la inviolabilidad de domicilio ha reglamentada por varios instrumentos internacionales tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 11°); Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José (Artículo 11.2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 17.1), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos (Artículo 8).

2.6.1.2. El domicilio

La doctrina ha estructurado tres teorías dirigidas a explicar la naturaleza o esencia del concepto de domicilio en la legislación, la cuales, con fundamento en lo señalado por Cabrejo (2015), se pueden conceptualizar así:

- i) **Objetiva:** para esta posición el domicilio se establece a partir de la acción material de habitar periódicamente en el sitio especificado. Parar ellos lo esencial es la acción debido a lo cual, se puede verificar a través de la simple observación y se demuestra por un medio probatorio instrumental;
- ii) **subjetiva:** en este caso lo fundamental es la voluntad de habitar periódicamente en el sitio especificado por lo cual su demostración, se realiza a partir de presunciones;
- iii) **Mixta** en ella confluyen los dos elementos anteriores: a acción material y la voluntad de habitar periódicamente en el sitio especificado, la primera conocida dentro de la doctrina como el *corpus* y la segunda el *animus*, de manera que su demostración demanda de la combinación de observación y presunción.

Dentro de este contexto, se puede verificar que el Código Civil Peruano adopta la teoría objetiva al prescribir: en su artículo treinta y tres que el domicilio se establece por la residencia

periódica del individuo en un sitio, y, en el artículo treinta y nueve: la variación del domicilio se efectúa por el traslado de residencia periódica a otro sitio. Es decir, de acuerdo con la normativa mencionada, para que se constituya el domicilio solo se requiere habitar real y habitualmente en un lugar, y en el caso de que se presente duda sobre la habitualidad se aplica se debe recurrir a lo normado por el artículo cuarenta y uno que precisa que: al individuo que no reside habitualmente en un sitio determinado, se le tiene por domiciliada en el sitio donde se halle.

El Tribunal Constitucional respecto al domicilio señaló que:

Su noción Constitucional no es la misma empleada por la legislación Civil. Aludiendo a los planteamientos de Bidart Campos procede a clarificar que: dentro del ámbito del Derecho Constitucional el domicilio es concebido como la vivienda designada para la residencia al desarrollo de la libertad personal en lo relacionado a la existencia personal, hermética o accesible, fija o eventual. Lo cual implica que, en el ámbito de la Constitución, el domicilio debe ser comprendido con criterio vasto de manera que, se tiene por tal, el sitio en el que la persona trabaja, o la habitación en la que se hospeda.

El máximo intérprete de la Constitución también especifica como componentes de esta figura: i) el físico o material del domicilio, entendido como el lugar en el que el individuo reside sin acatar reglas de conducta y en el que desarrolla su libertad más íntima. ii) psicológico: considera la voluntad personal de residir en un sitio como su hogar, bien sea de forma continua o pasajera, a pesar de que el sitio no cuente con los requisitos básicos para tal fin. Desde el punto de vista de la norma fundamental el domicilio demanda la residencia la cual puede ser discontinua; iii) autoprotector hace relación a la facultad de expulsar a extraños del sitio destinado para residir.

Bajo estas condiciones, el TC deja claro que la noción constitucional de domicilio es extensa, al comprender todos los ambientes en los que el individuo despliega su vida personal, por ejemplo: el vehículo personal, su departamento, su aposento, etc. En los que indefectiblemente concurren los componentes: material, psicológico y autoprotector sin que se deba valorar la habitualidad.

Ahora en cuanto se refiere al Derecho Penal y Procesal Penal, tal como indica Frisancho (2012, p. 719), el domicilio no se circunscribe a la morada acostumbrada, sino que, comprende todos los espacios donde un individuo despliega su existencia particular. Esto es, cualquier sitio clausurado en el que un individuo (s) despliega su existencia íntima. En consecuencia, el domicilio en el derecho penal: sustantivo y adjetivo comprende dos espacios: la morada permanente y cualquier sitio en el que el individuo realiza su vida personal, debiendo aclararse que se extiende a la persona natural como a la jurídica.

Sin embargo, existen sitios en los que pese a ser habitados por unos individuos (s) no son considerados domicilio, en este sentido Alonso (2003, p. 45) relaciona:

- Los depósitos, tiendas, industria y sitios oficiales. En este sentido Tribunal Supremo español, en providencia de septiembre veinticuatro de mil novecientos noventa señaló que: el sitio en el que se realizó la diligencia de entrada y registro correspondía a un depósito, esto es un sitio público, por el hecho de una zona clausurada que no compone el domicilio de un individuo, aspecto que no debe obviarse al momento de apreciar la importancia de las anomalías ocurridas durante su realización, la protección que la Constitucional prevé operan únicamente para el domicilio del individuo.

- La cabina de un camión, en este evento no se trasgrede la inviolabilidad del domicilio, por cuanto esta protección no se puede extender a ella, sin que en ello influya la

circunstancia de que hayan podido pernoctar en ella pues lo mismo puedo haber hecho en otro tipo de coches verbi gratia como los de turismo.

- Residencia abandonada. En providencia del Tribunal Supremo español, dado octubre quince de mil novecientos noventa y cinco se estipulo que: el apartamento en que los Policías confiscaron los estupefacientes, no comprende el domicilio de ningún individuo, debido a que en el no reside nadie, no cuenta con los enseres y artefactos requeridos para desarrollar allí la existencia, esta encuentra prácticamente abandonado, empleándose por la imputada exclusivamente para el expendio de estas sustancias. Motivo por el cual, no se puede considerar como el domicilio de un individuo por ende a él no se le puede hacer extensiva la defensa prohijada por la Carta fundamental ni, se les puede aplicar la legislación adjetiva garante de la inviolabilidad domicilio.

- Celdas de los establecimientos penitenciarios, estos sitios no corresponden al domicilio de ningún individuo, en realidad corresponde a construcciones oficiales en los que para ingresar no es menester contar con autorización judicial.

2.6.2. Medida restrictiva de derechos

Resulta conveniente precisar que el Código Procesal Penal, en su Libro Segundo reglamenta “La Actividad Procesal”, en la sección segunda regula concretamente lo referido a “La prueba” y en el Título tercero sistematiza lo relacionado a “La Búsqueda de Pruebas y Restricciones de Derechos”, en cuanto reglamenta las situaciones excepcionales, y taxativas, en las cuales dentro de la búsqueda u obtención de las pruebas necesarias para establecer: la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del imputado, se restringen de los derechos fundamentales, generalmente del imputado; con el objeto de impedir su eventual violación.

Acorde con lo señalado, Cáceres y Iparraguirre (2007, p. 268), precisan que, en este ámbito la excepción, se establece por aquellas situaciones en las que se requiera limitar, lo que no entraña violar los derechos de los individuos, con el propósito de dilucidar ciertos acontecimientos que contribuyen a aclarar el proceso, acorde con esta máxima la actividad investigativa no debe trasgredir los derechos de la persona reconocidos por la norma fundamental o por la Ley.

De esta manera, entre los eventos en los que nuestra norma adjetiva prevé y autoriza la restricción de derechos del imputado dentro del Proceso Penal, se encuentra el allanamiento, denominado por un sector de la doctrina como “Entrada y registro domiciliario” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 254).” Allanamiento de domicilio” (Frisancho, 2012), etc. en el que se su objetivo fundamental es el de restringir el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio para poder obtener evidencias incriminatorias.

2.6.3. Noción Allanamiento

Es considerada como una actuación que restringe los derechos fundamentales por cuanto, como indica Bernardette, al anunciarse al habitante el procedimiento y durante su desarrollo, el derecho a la intimidad que se la ha reconocido debilitado, debido a lo cual no puede impedirlo legítimamente si no que debe padecer esa carga sin sobresaltarse. Sin embargo, finalizado el habitante recobra esta garantía constitucional, poseyendo facultades para impedir legítimamente a un nuevo ingreso de policiales a su vivienda de pretender efectuarse sin la orden judicial correspondiente. (Rodríguez, 2009).

Para abordar este aspecto vamos a referirnos al criterio expresado por Frisancho (2012, p. 716), el allanamiento, corresponde al ingreso a un recinto clausurado, particular u oficial, es un modo de buscar material probatorio valiéndose de la limitación al derecho fundamental de la

inviolabilidad del domicilio. En esta posición, se describe de forma general la esencia de esta actividad procesal, pero, se observa que no hizo alusión a uno de las formalidades sustanciales, la orden o autorización judicial.

Otro enfoque es el realizado por Rodríguez (2009), de acuerdo al cual, el allanamiento consiste en la utilización la autoridad estatal para el ingreso de la fuerza pública con violencia a un lugar, en el que se debe desarrollar el procedimiento, mientras que el registro, que constituye su propósito, radica en una búsqueda manual o pudiéndose incluso emplear elementos tecnológicos que se efectúa al interior del lugar para hallar elementos probatorios dirigidos a ser incorporados en un proceso, de acuerdo a lo ordenado en la orden judicial proporcionada.

2.6.3.1. Particularidades

Dentro del desarrollo del Proceso Penal en muchas ocasiones se debe recurrir al allanamiento y registro para poder hallar medios probatorios, necesarios para sustentar la acusación fiscal. Esta diligencia procesal tiene sus propias características o particularidades que permiten diferenciarlas de otras y que, de acuerdo a lo señalado por Gimeno et al. (1997, pp. 437-438) podemos considerar como tales:

Es una diligencia que por mandato de la Constitución y de los principios que comprende, se encuentra sujeta a la regla de exclusividad jurisdiccional sin que le sea posible al Estado, por medio de su auto protección repercutir en este derecho reconocido por la Constitución. La competencia privativa la posee el Magistrado correspondiente, sin descartar aquellas situaciones concretas y excepcionales se faculta a los policiales para que puedan limitar este derecho.

Su elemento físico lo compone cualquier sitio clausurado en el que desarrolla o puede restringirse el derecho a la intimidad del individuo. La norma fundamental del Estado se orienta a la defensa del derecho a la intimidad en su ámbito particular o familiar de la persona, siendo la

inviolabilidad del domicilio su defensa esencial, resulta claro que el procedimiento de ingreso debe dirigirse a proteger este derecho fundamental, sin perder de vista que a través de este mecanismo de protección se salvaguardan otros derechos fundamentales tales como: el secreto profesional, industrial, etc.

Por trasgredir un derecho fundamental, este procedimiento se debe realizar bajo la directriz de la regla de proporcionalidad, es decir, se admite únicamente por ser la única alternativa legal que existía para lograr el objetivo predeterminado por el Fiscal al momento de solicitarla y por el Juez al autorizarla. Se ordena por medio de providencia razonada y de la menor que resulte menos lesiva a los intereses del procesado.

La diligencia de ingreso no es un medio probatorio, ni de averiguación. Corresponde a un acto investigativo indirecto, debido a que por sí sola no posee la capacidad de establecer de la conducta o la responsabilidad del agente, sino que es mecanismo que se puede emplear para hacer efectiva una orden de captura o la ejecución de un registro. Por su esencia se emplea para llevar a cabo una medida de coerción penal, preservar específicas fuentes de prueba, pero, a pesar de ello en el Perú si se le reconoce valor probatorio.

2.6.3.2. Solicitud y ámbito

La Solicitud y ámbito del allanamiento se encuentra regulado por el artículo doscientos catorce del Código Procesal Penal norma de la cual se puede colegir que: en los eventos de flagrancia delictual o de peligro inminente de perpetración de un hecho típico no se casos de no se requiere de autorización judicial, sin embargo en el acta que se levanta se deben consignar detalladamente los motivos que originaron este proceder y lo ocurrido durante su realización, tal como lo indica Ugáz (2010, p. 85).

La solicitud, corresponde al requerimiento formal que debe efectuar el Ministerio Público al Juez en el que se debe determinar, tal como lo ordena el artículo ciento veintidós palmariamente la ubicación, pormenorizada del sitio objeto de la medida, el propósito que se persigue, las diligencias a efectuar y su duración en el tiempo.

Conforme indica el artículo ciento veintisiete de la norma adjetiva Penal, en este procedimiento incauta o confiscan los elementos que los elementos que estén vinculados con la conducta típica endilgada y que hayan sido comprendidos en la autorización emanada del poder judicial y así como aquellos que pueden vincularse con otros hechos delictuales, evento en el cual se debe informar inmediatamente, sin lapso de tiempo, para solicitar la aprobación por parte del Juez. En esta diligencia también se puede decomisar de elementos o registro de los individuos que se encuentran presentes, conforme lo faculta el artículo doscientos diecisiete del CPP.

Otra situación que se puede suceder y que refiere Rosas, (2016, p. 1032), que el allanamiento se autorice con el propósito de incautar por un lapso reducido elementos o posesiones que son secuestrados eje, el legajo de una construcción con el objeto de efectuar un examen técnico a la contabilidad, conforme calara

Además de los lineamientos presentados por Código Procesal Penal el Ministerio de Justicia a través de la Resolución Ministerial número doscientos cuarenta y tres de dos mil catorce, publicada en El Peruano el trece de noviembre de la misma anualidad, implementó un Protocolo de actuación conjunta entre el Poder Judicial y el Ministerio Publico en los eventos de producirse el allanamiento en situación de flagrancia y cuando ella no se presenta situación en respecto de la cual, se precisó que el Fiscal posee dos alternativas para proceder a su

requerimiento, la primera con fundamento en lo informado por la Policía que ha efectuado la investigación con su coordinación y segundo por su propia motivación. **La resolución**

Más conocida como orden judicial. Debido a que debe ser emitida por el Juez. Su contenido se encuentra regulado por el artículo doscientos quince del Código Procesal Penal de manera que debe precisar, obligatoriamente:

La identidad del miembro del Ministerio Público facultado para realizarlo, su objetivo específico, y de haberse solicitado y ser necesarias, las medidas de cautelares, la indicación concreta y pormenorizada del inmueble objeto de la diligencia, el lapso por el que se puede realizar y el apercibimiento de Ley en el evento de presentarse desobediencia al mandato.

En la práctica legal, resulta conveniente para los operadores del derecho penal tener presente que la orden que autoriza el allanamiento tendrá una duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca, excepto que haya sido expedida por tiempo determinado o para un período determinado, en cuyo caso en el cuerpo de la orden se deben consignar estas circunstancias.

2.6.3.3. Desarrollo de la diligencia

Las reglas que se deben observar en la realización del allanamiento se encuentran consignadas en el artículo doscientos dieciséis del Código Procesal Penal:

De acuerdo a la norma indicada el procedimiento se inicia entregando copia de la resolución que lo autoriza al procesado si se haya en el sitio, o a la persona que tenga la disponibilidad coetánea del sitio e informándosele de la posibilidad que posee para ser representado por un individuo que le ofrezca seguridad

Si en el sitio en el que se efectuará no se haya ninguna de los individuos señalados en precedencia la copia se da y el aviso se destina a un habitante, a un individuo que reside allí también y de no existir ninguno al vigilante o la persona que realice función semejante.

El procedimiento se limitará a lo que haya sido autorizado en la orden judicial, consignándose en un acta.

En su realización se tomarán las medidas imprescindibles para conservar el buen nombre y el recato de los individuos presentes.

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.

En cuanto a las circunstancias que se deben reunir para la efectuar la diligencia de allanamiento ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-591 de dos mil cinco,

Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

- ✓ Propósito establecido: obtención de elementos probatorios.
- ✓ Causa suficientemente determinada.
- ✓ Apoyo evidenciable de la causa que la fundamenta.
- ✓ Designación de los sitios en los que se efectuara la búsqueda.
- ✓ Proscripción de actuar sobrecosas que son objeto de la búsqueda.
- ✓ Observancia del término requerido para efectuar el procedimiento.
- ✓ Observancia de las normas para situaciones *sui generis*.
- ✓ Especificación de la flagrancia para las situaciones determinadas en la Carta

Magna.

III. Método

3.1. Tipo de investigación

El examen verificado fue del tipo básico o puro si bien, su desarrollo se efectuó en el ámbito de la doctrina especializada y de la normatividad sobre allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita, el investigador aspira a que sea considerada para iniciarse un debate cuyo objetivo sea el de modificar el artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal, determinando como obligación a la exclusión de la prueba obtenida con violación al contenido de los derechos fundamentales.

El examen verificado fue del nivel descriptivo-explicativo, dado que se pormenorizaron los elementos integrantes del allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita, para posteriormente dilucidar la forma como la regla de la exclusión incide en la eficacia de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento efectuado en el proceso penal.

El diseño de la investigación fue el no experimental, descriptivo, correlativo-causal.

Fue no experimental porque el investigador no operó las variables del examen: allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita, su actividad se circunscribió a percibir su acontecer normal

Fue transversal porque se acopiaron conocimientos relativos a allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita y luego de describir o detallarlas proceder a determinar su incidencia e interrelación en el periodo comprendido entre el del uno de enero de dos mil catorce al uno de enero de dos mil dieciséis con lo cual se evidencia el diseño correlativo-causal.

3.2. Población y muestra

La población estimada fue instituida por 60 elementos de entre: Jueces Penales, Jueces de la investigación preparatoria –subsistema anticorrupción- de Lima Centro Fiscales provinciales y

adjuntos de Lima Centro, Defensores Públicos de Lima Centro, Abogados defensores de imputados en procesos penales en Lima Centro, Procuradores Públicos Lima Centro.

Muestra

Fue instituida por 49 elementos de entre: Jueces Penales, Jueces de la investigación preparatoria –subsistema anticorrupción- de Lima Centro Fiscales provinciales y adjuntos de Lima Centro, Defensores Públicos de Lima Centro, Abogados defensores de imputados en procesos penales en Lima Centro, Procuradores Públicos Lima Centro. Para tal efecto se observó el método no probabilístico y en empleo del siguiente enunciado matemático

$$n = \frac{n^{\circ}}{1 + \frac{n^{\circ}}{N}}$$

En la que:

$$n^{\circ} = p * (1 - p) * \left[\frac{z \left(1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$1 - \frac{\alpha}{2}$ = 0.05

$z(1 - \alpha/2)$ = 1.64

P = proporción esperada 0.5

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

Tabla 1*Estructura de la muestra*

N°	INDIVIDUO	NUMERO	%
1	Jueces Penales de Lima Centro (anticorrupción)	08	16.32
2	Jueces de la investigación preparatoria de Lima Centro (anticorrupción)	04	8.16
3	Fiscales Provinciales y adjuntos de Lima	08	16.32
4	Defensores públicos de Lima Centro	09	18.36
5	Abogados defensores de imputados en Lima Centro	15	30.61
6	Procuradores Públicos Lima Centro	05	10.20
TOTAL		49	99.97

Nota: Elaboración propia.

3.3. Operacionalización de variables

VARIABLE INDEPENDIENTE

X. ALLANAMIENTO

Indicadores:

X.1. Domicilio

X.2. Restricción de derecho

X.3. Resolución autoritativa

VARIABLE DEPENDIENTE

Y. REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA

Indicadores:

Y.1. Eficacia

Y.2. Excepciones

Y.3. Ponderación de intereses

3.4. Instrumentos

Las Guías de análisis documental: permitió en listar los discernimientos relacionados con el allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita ubicados por el investigador.

Fichas bibliográficas: para estipular los datos bibliográficos de las fuentes del examen y las reseñas que se consideran procedentes.

El Cuestionario: proyectado con interrogantes sobre: el allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita.

3.5. Procedimientos

En el examen el investigador acudió a los métodos:

Histórico: Para verificar las modificaciones que con el devenir del tiempo han sufrido el allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita

Sistemático: Permitió relacionar el allanamiento con regla de exclusión de la prueba ilícita dentro del proceso penal a fin de establecer su eficacia.

Exegético. Propicio el conocimiento del allanamiento con regla de exclusión de la prueba ilícita en los precisos términos empleados por la Ley.

Hermenéutico: Para evidenciar la forma como dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, se han abordado allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita.

3.6. Análisis de datos:

Encuesta: Propuesta a los elementos de la muestra para averiguar su parecer sobre: el allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita.

Análisis documental: permitió estimar la significación de los discernimientos sobre: el allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita.

Toma de información: para asistir los discernimientos sobre: el allanamiento y regla de exclusión de la prueba ilícita contenidos en las fuentes del examen.

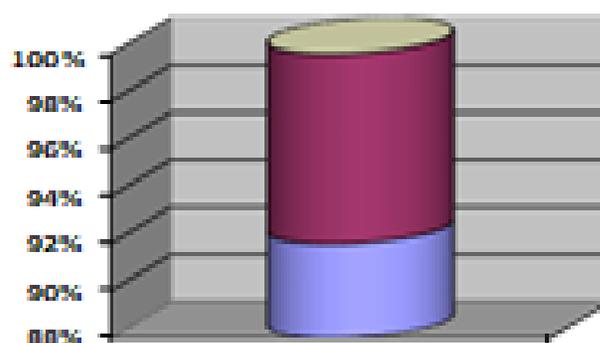
IV. Resultados

4.1. Análisis de la encuesta

¿Considera usted que el domicilio puede ser conceptualizado como el sitio donde la persona desarrolla su vida privada?

Figura 1

Resultado a la pregunta No. 1 encuesta



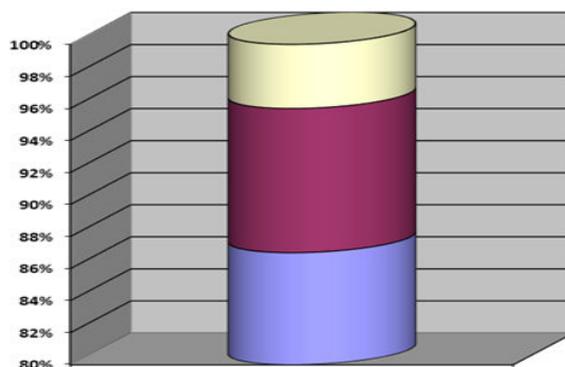
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Hallazgo: El panel evidencia que el 92% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que el domicilio puede ser conceptualizado como el sitio donde la persona desarrolla su vida privada, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo que el allanamiento al domicilio de una persona investigada en el proceso penal debe dirigirse a obtener medios probatorios?

Figura 2

Resultado a la pregunta No. 2 encuesta



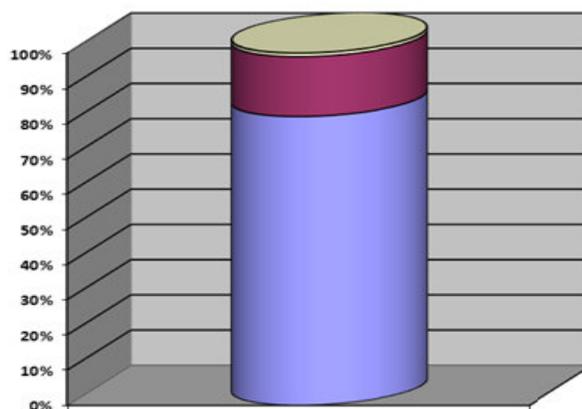
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 87% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que el allanamiento al domicilio de una persona investigada en el proceso penal debe dirigirse a obtener medios probatorios proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo con que para restringir los derechos fundamentales en el proceso penal deben existir motivos graves y fundados en medios probatorios?

Figura 3

Resultado a la pregunta No. 3 encuesta



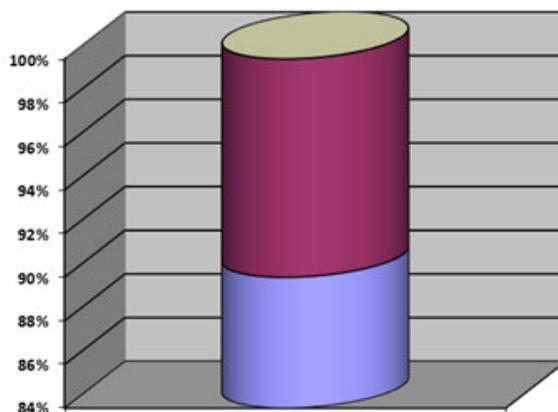
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Hallazgo: El panel evidencia que el 82% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que para restringir los derechos fundamentales en el proceso penal deben existir motivos graves y fundados en medios probatorios, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Sabía usted que en el allanamiento se restringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio?

Figura 4

Resultado a la pregunta No. 4 encuesta



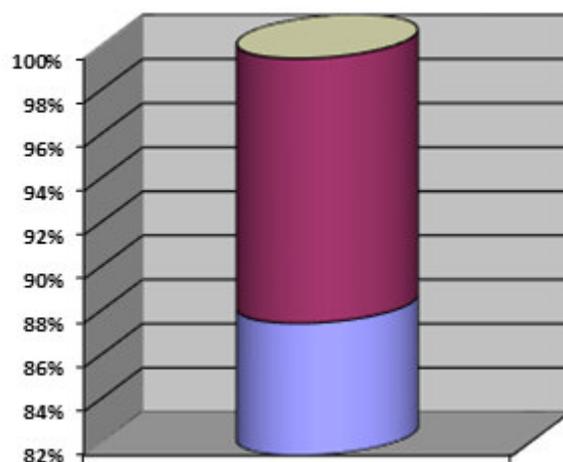
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 90% de los elementos que participaron en la encuesta consistió conocer que en el allanamiento se restringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Considera usted que en la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar el sitio y las dependencias en las que se realizará?

Figura 5

Resultado a la pregunta No. 5 encuesta



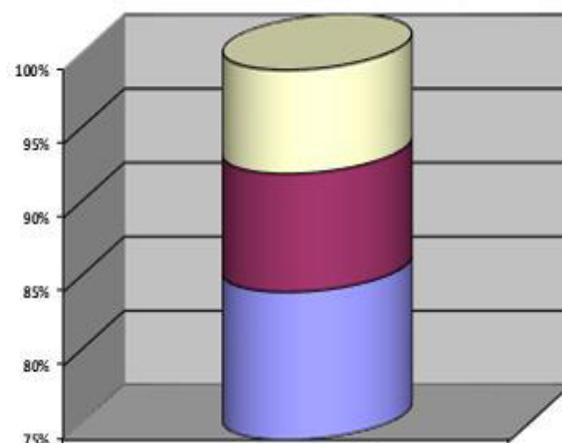
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 92% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar el sitio y las dependencias en las que se realizará, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo que en la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar concretamente, ¿cuál es su finalidad y las diligencias a realizar?

Figura 6

Resultado a la pregunta No. 6 encuesta



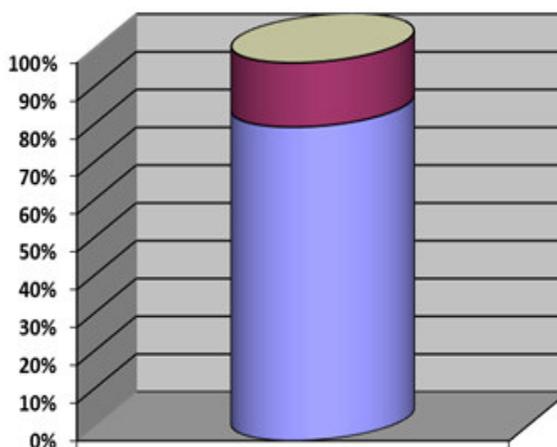
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 85% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar concretamente, cuál es su finalidad y las diligencias a realizar, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Sabía usted que la eficacia de una norma se refiere a que cumpla con el objetivo para el cual fue promulgada, es decir la exclusión de la prueba del proceso?

Figura 7

Resultado a la pregunta No. 7 encuesta



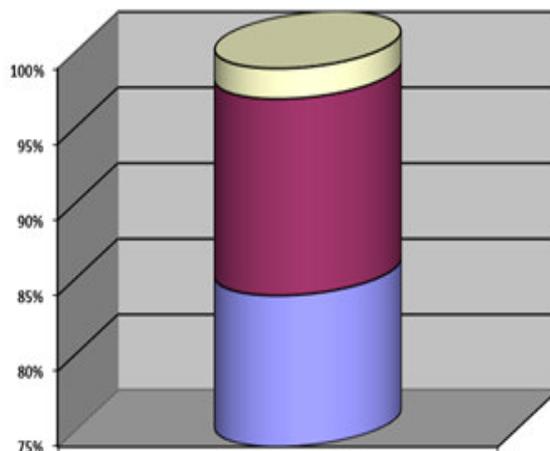
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 83% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la eficacia de una norma se refiere a que cumpla con el objetivo para el cual fue promulgada, es decir la exclusión de la prueba del proceso, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo que la eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita requiere de declaración judicial?

Figura 8

Resultado a la pregunta No. 8 encuesta



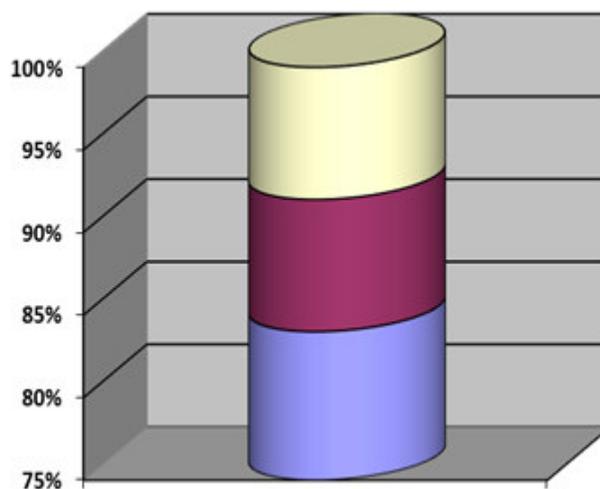
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 85% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita requiere de declaración judicial, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Sabía usted que la jurisprudencia (norteamericana y española) creó situaciones que constituyen excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita?

Figura 9

Resultado a la pregunta No. 9 encuesta



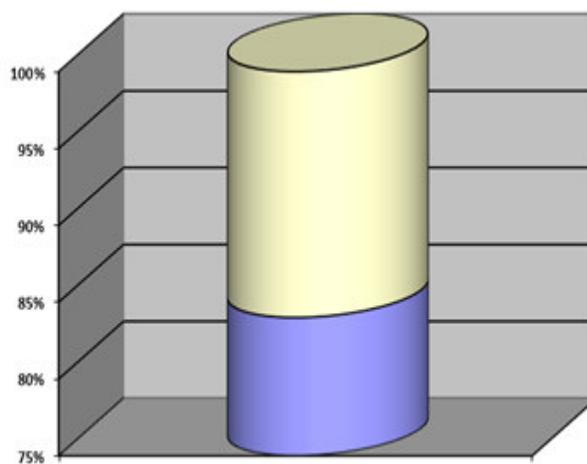
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Hallazgo: El panel evidencia que el 84% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la jurisprudencia (norteamericana y española) creó situaciones que constituyen excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Conocía usted que las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita se aplican en el sistema jurídico euro continental?

Figura 10

Resultado a la pregunta No. 10 encuesta



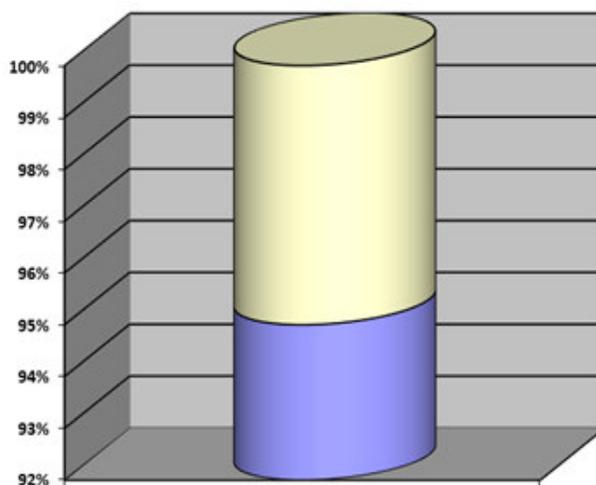
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 85% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita se aplican en el sistema jurídico Euro continental proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo con que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita se fundamenta en el valor o importancia de los derechos en conflicto?

Figura 11

Resultado a la pregunta No. 11 encuesta



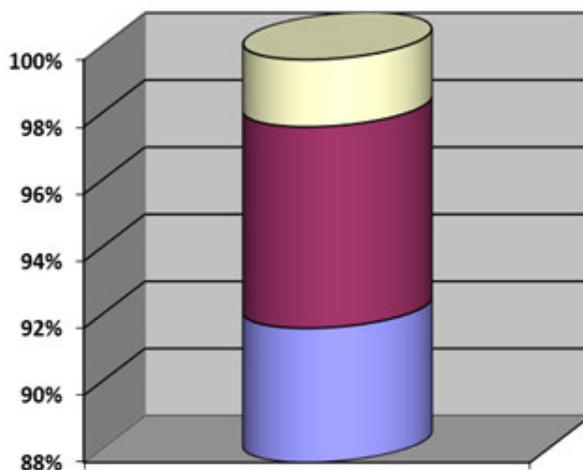
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 95% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita se fundamenta en el valor o importancia de los derechos en conflicto, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Considera usted que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita no resulta suficiente para convalidar la violación del derecho fundamental del afectado?

Figura 12

Resultado a la pregunta No. 12 encuesta



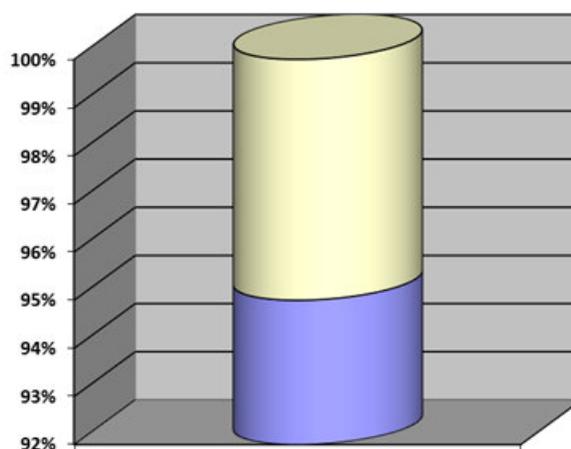
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Hallazgo: El panel evidencia que el 92% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita no resulta suficiente para convalidar la violación del derecho fundamental del afectado, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo con que la regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican con fundamento en las denominadas excepciones a la regla de exclusión?

Figura 13

Resultado a la pregunta No. 13 encuesta



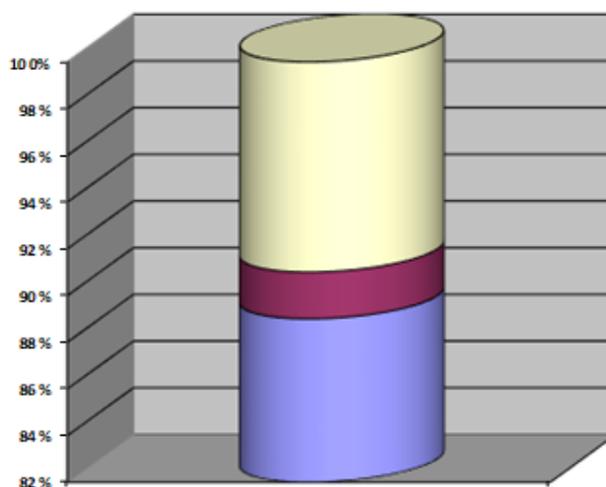
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Hallazgo: El panel evidencia que el 95% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican con fundamento en las denominadas excepciones a la regla de exclusión, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Sabía usted que el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal está constituido por la jurisprudencia norteamericana y española?

Figura 14

Resultado a la pregunta No. 14 encuesta



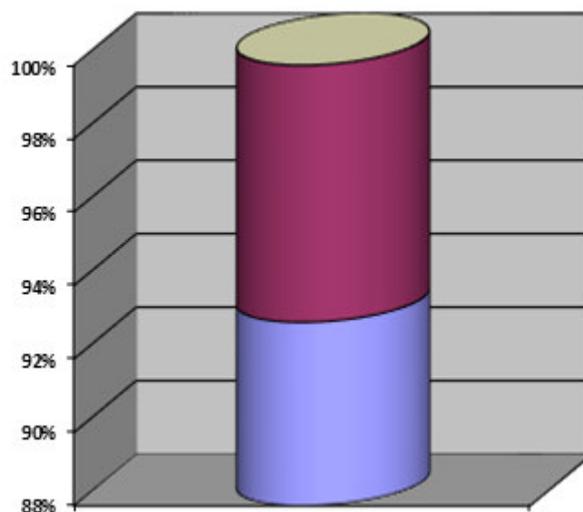
Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Ilación: El panel evidencia que el 89% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal está constituido por la jurisprudencia norteamericana y española, proporción que revalida el examen cumplido.

¿Está usted de acuerdo con que la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces es la de la ponderación de intereses?

Figura 15

Resultado a la pregunta No. 15 encuesta



Nota. Elaboración propia, fuente encuesta.

Hallazgo: El panel evidencia que el 93% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces es la de la ponderación de intereses, proporción que revalida el examen cumplido.

4.2. Contrastación de la hipótesis

Ese procedimiento dirigido a diagnosticar la hipótesis planteada en el examen por el investigador se emprende estableciendo las hipótesis:

Principal:

H₁ La regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican.

Nula

H₀: La regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta eficaz dado que, los jueces no la aplican.

También se hace necesario exponer las variables del examen así:

Variable Independiente = X. ALLANAMIENTO

Variable Dependiente = Y. REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA

De correlación entre las variables

A través de la correlación se busca medir el grado de relación entre las variables y en ello: El Coeficiente de correlación = R su valor de R cambia de entre -1 a 1, entendiéndose que si se acerca más a 1 la relación entre las variables es mejor

El valor de la significancia estadística = p, persigue evidenciar la presencia de una diferencia real entre las variables del examen y que ella no es resultado de una contingencia, entendiéndose que entre más bajo sea su valor, menor es la posibilidad de que la contingencia haya producido los resultados y más alta la tendencia a colegir que esa diferencia es cierta.

Tabla 2*Cuadro correlación de variables*

VARIABLE DE LA INVESTIGACION	INDICADORES ESTADISTICOS	ALLANAMIENTO	REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILCITA
X. INDEPENDIENTE ALLANAMIENTO	Correlación De Pearson	1	78.93%
	Sig. (bilateral)		3.24%
	Muestra	49	49
Y. DEPENDIENTE REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILCITA	Correlación de Pearson	78.93%	1
	Sig. (bilateral)	3.24%	
	Muestra	49	49

Nota: Elaboración propia.

Lectura de datos:

$R=78.93\%= 0.7893$, dato que demuestra correlación positiva, por consiguiente, aceptable.

$p= 3.24\%$, dato que demuestra que es menor al 5% de error aceptado

Estos resultados, aplicando la ciencia estadística generalmente aceptada conducen a aprobar la H_1 y desaprobando H_0 .

Además, evidencian que correlación alcanzada para la muestra es significativa y que este efecto no se debe a una contingencia.

De análisis de varianza –ANOVA-

La varianza es una propiedad de la muestra que cuantifica su dispersión o variabilidad en relación del valor promedio, ésta posee unidades al cuadrado de la variable. Su raíz cuadrada positiva es la desviación típica.

Su propósito es comprobar si las diferencias que se evidencian entre las medidas de las variables resultan estadísticamente significativas

El cuadro en la que se representa se encuentra estructurado por: Suma de cuadrados, Grados de libertad, Media cuadrática, Estadístico “F” y el Valor de significancia.

El estadístico “F” corresponde al cociente entre dos estimadores diferentes de la varianza.

El primero hallado a partir de la variación que se presenta entre las medias de regresión. El segundo a partir de la variación residual.

En este cuadro se consigna la cuantificación de ambas fuentes de variación (sumas de cuadrados), los grados de libertad (gl) ligados a cada suma de cuadrados y el valor concreto adoptado por cada estimador de la varianza muestral (media cuadrática: se obtiene dividiendo las sumas de cuadrados entre sus correspondientes grados de libertad). El cociente entre estas dos medias cuadráticas nos suministra el valor del Estadístico “F”, el cual aparece acompañado de su correspondiente nivel crítico o nivel de significación observado.

Tabla 3*Cuadro análisis de varianza-ANOVA*

Modelo		Suma de cuadrados	Gl	Media cuadrática	F	Sig.
	Regresión	73.322%	1	73.322%	8.252%	3.25%(a)
1	Residual	42.876%	5	8.654%		
	Total	117.000%	6			

Nota: Elaboración propia.

Lectura de datos:

F= 8.252, valor que, sin ser muy alto, resulta representativo para la predicción del modelo lineal.

sig = 3.25%., resultado que confrontado con el 5.00% de error aceptado es menor.

Estos resultados, aplicando la ciencia estadística generalmente aceptada conducen a aprobar la **H₁** y desaprobando **H₀**.

Lo que equivale aprobar el modelo obtenido en consideración de la muestra examinada.

De contrastación estadística:

A través de la hipótesis estadística se procura constatar las características de la población, a través de la confrontación de las predicciones efectuadas en el estudio con la realidad observada, de manera que si los hallazgos coinciden con el error aceptado en el estudio se valida la hipótesis del estudio e invalida la nula.

Tabla 4*Cuadro de estadística*

ESTADISTICOS		ALLANAMIENTO	REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILCITA
N	Validos	76	76
	Perdidos	0	0
	Media	90.2567	91.0000
	Mediana	91.0000	92.0000
	Moda	93.00	93.00
	Desviación típica.	3.5745	4.3326
	Varianza	16.476	37.283
	Mínimo	95.00	85.00
	Máximo	96.00	100.00

Nota. Fuente encuesta realizada.

Análisis

Conforme los valores del cuadro

El valor promedio o medio de la variable independiente = 90.2567% y la dependiente es 91.00%, lo que es indicativo de un promedio conveniente entre las variables, pero, más apropiado para la dependiente, resultado que apoya el estudio.

La desviación típica, a través de la cual se calcula desviación de los valores en relación con un valor tipo es de 3.57% para la variable independiente y para la dependiente es de 4.33%, resultados que la estadística considera demostrativos de una alta concentración en los resultados alcanzados para las variables, pero mejor para la dependiente, resultado que ratifica el tipo de estudio realizado.

V. Discusión de resultados

5.1. De la encuesta

a. La figura No. 1 evidencia que el 92% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que el domicilio puede ser conceptualizado como el sitio donde la persona desarrolla su vida privada, proporción que revalida el examen cumplido. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

b. La figura No. 2 evidencia que el 87% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que el allanamiento al domicilio de una persona investigada en el proceso penal debe dirigirse a obtener medios probatorios. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

c. La figura No. 3 evidencia que el 82% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que para restringir los derechos fundamentales en el proceso penal deben existir motivos graves y fundados en medios probatorios. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

d. La figura No. 4 evidencia que el 90% de los elementos que participaron en la encuesta consistió conocer que en el allanamiento se restringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

e. La figura No. 5 evidencia que el 92% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar el sitio y las dependencias en las que se realizará. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

f. La figura No. 6 evidencia que el 85% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar concretamente, cuál es su finalidad y las diligencias a realizar. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

g. La figura No. 7 evidencia que el 83% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la eficacia de una norma se refiere a que cumpla con el objetivo para el cual fue promulgada, es decir la exclusión de la prueba del proceso. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

h. La figura No. 8 evidencia que el 85% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita requiere de declaración judicial. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

i. La figura No. 9 evidencia que el 84% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que que la jurisprudencia (norteamericana y española) creó situaciones que constituyen excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. No se ha contado con la

posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

j. La figura No. 10 evidencia que el 84% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la jurisprudencia (norteamericana y española) creó situaciones que constituyen excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

k. La figura No. 11 evidencia que el 95% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita se fundamenta en el valor o importancia de los derechos en conflicto. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

l. La figura No. 12 evidencia que el 92% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita no resulta suficiente para convalidar la violación del derecho fundamental del afectado. Conclusión similar a la presentada en el trabajo de Anaya Miguel y Anaya Jose, 2016

m. La figura No. 13 evidencia que el 95% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican con fundamento en las denominadas excepciones a la regla de exclusión. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

n. La figura No. 14 evidencia que el 89% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal está constituido por la jurisprudencia norteamericana y española. No se ha contado con la posibilidad de confrontar esta cifra por cuanto, no este aspecto no ha sido investigado, a pesar de lo cual la conclusión resulta lógica y sin motivar polémica.

o. La figura No. 15 evidencia que el 93% de los elementos que participaron en la encuesta concordó en que la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces es la de la ponderación de intereses, proporción que revalida el examen cumplido. Conclusión similar a la presentada en el trabajo de (Anaya Miguel y Anaya Jose, 2016).

5.2. Contrastación de la hipótesis

Los métodos empleados para la contrastación de la hipótesis presentada por la investigadora, arrojaron los siguientes resultados:

Correlación de variables

Con fundamento en los valores mencionados a continuación, permitió conocer que, la correlación obtenida para la muestra es significativa y que este se obtuvo por casualidad, si no, producto del tipo de indagación efectuado, así como corroborar la hipótesis de la indagación.

El valor de la correlación = 78.93% = 0.7893 cifra que permite colegir una correlación directa o positiva, en consecuencia, aceptable entre las variables de la indagación.

El valor de la significancia (p) = 3.24 % \geq 5% error aceptado, lo cual permite corroborar la H_1 y negar la H_0 .

Varianza - ANOVA

Los datos alcanzados, especificados a continuación, permitieron corroborar la hipótesis de la indagación y simultáneamente que, se admite el modelo obtenido a partir de la muestra considerada.

El valor del estadístico $F = 8.252\%$. Si bien no es muy alto, es representativo para la predicción del modelo lineal.

El valor sig. = 3.25% . Valor que confrontado con el error aceptado 5% , es menor. Cifras que posibilitan corroborar la H_1 y anular H_0 .

Contrastación estadística

Los datos del método demostraron:

Valor promedio de la media de la (V.I.) = 90.25% y de la (V.D.) = 91.00% , lo que muestra un buen promedio para las dos variables, pero, mejor para (V.D.), que es la que se busca solucionar, lo que respalda en modelo de indagación realizado.

La desviación típica (V.I.) = 3.57% para la variable independiente y (V.D.) = 4.33% , lo que revela una alta concentración en los resultados conseguidos, pero mejor para (V.D.) lo que respalda el modelo de indagación formulado.

VI. Conclusiones

- 6.1. La regla de la exclusión de la prueba ilícita –violatoria de derechos fundamentales- originada en el allanamiento efectuado en un Proceso Penal resulta poco eficaz, dado que los Jueces a quienes corresponde decidir la solicitud, sin considerar la trascendencia que ésta tiene para los derechos fundamentales del imputado y con fundamento en las excepciones jurisprudenciales no la excluyen del proceso.
- 6.2. Al no excluirse la prueba ilícita originada en el allanamiento, ésta se entiende incorporada válidamente al Proceso Penal, puede ser valorada y servir como sustento de una sentencia condenatoria.
- 6.3. Las excepciones en que los Jueces fundamentan sus argumentos para no excluir la prueba ilícita originada en el allanamiento en el Proceso Penal tienen su origen en la jurisprudencia norteamericana y española por ello, deben ser aplicadas con estricta observancia de los principios y valores que en materia de Derechos Fundamentales contiene la Constitución Política del Perú.
- 6.4. Las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita que han sido creadas por la jurisprudencia norteamericana y española son: La fuente independiente, del descubrimiento inevitable, del nexo causal atenuado, la buena fe en la actuación policial, conexión de antijuridicidad, prueba ilícita para terceros, error inocuo, ponderación del interés, destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo y la prueba prohibida a favor del reo las cuales, se caracterizan por enervar cualquier situación que permita excluir la prueba que se produce con violación de derechos fundamentales.
- 6.5. La excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el Proceso Penal, más utilizada por los Jueces en el Perú es la de la ponderación de los

intereses enfrentados o test de la ponderación, en la que se evalúa la trascendencia de la vulneración de derecho fundamental del imputado frente a los fines de la diligencia de allanamiento.

- 6.6. No se debe aceptar ningún fundamento dogmático, legal o jurisprudencial diseñado con el propósito de otorgar validez a la prueba obtenida con violación a los Derechos Fundamentales de las personas dado que, esto contraria nuestro sistema constitucional.

II. Recomendaciones

- 7.1. Se recomienda al poder Legislativo iniciar un debate para modificar el artículo octavo del Título Preliminar del Código Procesal Penal, incluyéndose un numeral 4. En el que se obligue al Juez a excluir la prueba que se obtenga con violación a los derechos fundamentales.
- 7.2. Se exhorta al presidente del Poder Judicial y al fiscal general de la Nación capacitar a los Jueces Penales: de la investigación preparatoria, unipersonales o colegiados, así como a los Fiscales en lo Penal en las modernas tendencias dogmáticas del Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el propósito que desarrollen sus roles con observancia de los Derechos Fundamentales de los imputados.
- 7.3. Se recomienda a los Colegios de Abogados promover la celebración de eventos o conferencias en torno a la prueba ilícita, en especial en el ámbito del Derecho Penal, de forma tal que los abogados tomen conciencia de la importancia que este posee en contra de los intereses del imputado.

VIII. Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (1ª ed.). Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. *Fundamentación teórica y sistematización*. Editorial Temis. <http://bit.ly/1NhgRJs>
- Anaya, M. y Anaya, J. (2016) La prueba ilícita y la regla de exclusión en la Constitución mexicana. *El Cotidiano*. pp. 28-34. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32545857004>
- Ascencio, J. (2008). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: El caso del allanamiento y secuestro de los “Vladivideos*. (1ª ed.). Grijley.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). “*El Proceso Penal. Estructura y garantías*” [Tesis de pregrado]. Universidad Externado de Colombia.
- Cabrejo, N. (2015). “*El Código Civil Peruano treinta años después. Luces y sombras sobre el domicilio*”. [Tesis de pregrado]. Universidad San Martín de Porres.
- Cáceres, R. y Iparraguirre, R. (2007). “*Código Procesal Penal Comentado*”. Jurista Editores.
- Campaner, J. (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. [Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid]. Eprints. <https://eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf>
- Carbonell, M. (2007). El Neoconstitucionalismo en su laberinto. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta.
- Castro, H. (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores.
- Cerda, R. (2010). *Manual del sistema de justicia penal*. (2ª ed.). Editorial Librotectnia.

Comanducci, P. (2002). Formas de Neoconstitucionalismo: “Un Análisis Metateórico”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (16). pp. 90-112.

<http://www.saberderecho.com/2006/10faq-10-qu-es-el-neoconstitucionalismo.html>

Consejo de Europa (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documentos/Convenio%20Europeo%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20de%20las%20libertades%20fundamentales.pdf>

Correa, C. (2016). La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo. *Política Criminal 11* (21). pp. 104-139. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A5.pdf

Cubas, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano, Teoría y práctica de su implementación*. Palestra Editores.

De la Rosa, P. (2013). Semblanza de la prueba obtenida con violación de los Derechos Fundamentales, contemplada en la reforma al sistema de justicia Penal. [congreso] *Congreso REDIPAL Virtual VI Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Enero-agosto*. Cámara de diputados del Honorable.

<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VI-18-13.pdf>

Delgado, L. (s.f.). *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. Universidad de Burgos de España.

http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf

Díaz, J. y Martínez, R. (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas.

- Ferrajoli, L. (2007). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. (edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello). Trotta.
- Frisancho, M. (2012). *Manual para la aplicación de Código Procesal Penal*. (2ª ed.). Editorial Rodhas.
- Gimeno, S., Cortés, V. y Moreno, V. (1997). *Derecho Procesal Penal*. (2ª ed.). Editorial Colex.
- Gómez, L. (2009b). *Teorías de los Derechos Fundamentales*. Ediciones Doctrina y Ley. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*, (1ª ed.). Editorial Fontamara.
- Guastini, R. (2007). *Sobre el concepto de constitución. Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta.
- López, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Aranzadi.
- Miranda, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. (2ª ed.). Editorial J.M. Bosch.
- Miranda, M. (2007). La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, (1), p. 36.
<https://es.scribd.com/document/641194462/manuel-Miranda-Estrampes>
- Miranda, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Publica*, (22).
<https://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215>
- Monroy, M. (2007). *Ensayo de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, (1ª ed.). Editorial Universitaria del Rosario.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (1ª ed.). Editorial Idemsa.
- Nieves-Chero, J. (s.f.). La Reconstrucción del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita. Especial referencia a la «conexión de antijuridicidad» en los efectos reflejos”.

- Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <http://doczz.es/doc/6351910/ponencia-9---alfonso-zambrano-pasquel>.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948, 10 de diciembre) *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1966, 16 de diciembre) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Organización de los Estados Americanos [ONU]. (1969, 22 de noviembre) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Orrillo, J. (s.f.). Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la Jurisprudencia peruana. ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio? *Revista Do Maestrado en Direito UCB*.
<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/2568-8481-1-PB.pdf>
- Pérez, A. (2003). *Medios de investigación en el proceso penal*. (2ª ed.). Editorial Dykinson.
- Prieto, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta.
- Rodríguez, A. (2009). *Prueba ilícita penal*. (2ª ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rojas, M. (2011). *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*. Universidad Externado de Colombia.
<https://books.openedition.org/uec/146>

- Rosas, J. (2016). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. (1ª ed.). Editora y Distribuidora Ediciones Legales.
- Salas, L. (2002). «Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos». *Revista Poder Judicial*, (66), pp. 367-401.
- <https://dialnet.unirioja.es//servlet/articulo?codigo=336072>
- San Martín, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*. (2ª ed.). Editorial Grijley.
- Santiago, A. (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: *Revista las novedades del neoconstitucionalismo*, 17(22).
- <http://dikaion.Unisabana.Edu.co/index.php/dikaion/artcle/view/1400>
- Talavera, E. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas*. Academia de la Magistratura AMAG.
- Ugáz, F. (2010). *La prueba en el Proceso Penal*. (2ª ed.). BLG Ediciones.
- Valconi, T. (2011). *La prueba ilícita en el proceso penal venezolano*. [Tesis de maestría, Universidad del Zulia]. http://tesis.luz.edu.ve/tde_arquivos/92/TDE-2011-10-06T09:17:47Z-1869/Publico/valconi_lizardo_tahinachahrazad_anyelin.pdf
- Villegas, E. (2015). La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamentos, efectos y excepciones. *La prueba en el proceso penal*, (pp. 199-251). Pacífico Editores.
- Zapata, M. (2004). *La prueba Ilícita*. Lexis Nexis.

IX.ANEXOS:

ANEXO A: MATRIZ DE CONSISTENCIA

“LA PRUEBA ILICITA EN EL ALLANAMIENTO EN EL PROCESO PENAL”

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES
<p>PROBLEMA PRINCIPAL:</p> <p>¿En qué medida resulta eficaz la regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal?</p> <p>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</p> <p>1. ¿Cuál es el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal?</p> <p>2. ¿Cuál es la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces?</p>	<p>OBJETIVO PRINCIPAL:</p> <p>Determinar en qué medida resulta eficaz la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal mediante el estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia para llegar a proponer soluciones desde el Derecho Procesal Penal.</p> <p>OBJETIVOS SECUNDARIOS:</p> <p>1. Señalar el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal.</p> <p>2. Establecer cuál es la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces en el Perú.</p>	<p>HIPOTESIS PRINCIPAL:</p> <p>La regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican con fundamento en las denominadas excepciones a la regla de exclusión.</p> <p>HIPOTESIS SECUNDARIAS:</p> <p>1. El fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal está constituido por la jurisprudencia norteamericana y española.</p> <p>2. La excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces es la de la ponderación de intereses</p>	<p><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u></p> <p>X. ALLANAMIENTO</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <p>X.1. Domicilio</p> <p>X.2. Restricción de derecho</p> <p>X.3. Resolución autoritativa</p> <p><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u></p> <p>Y. REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <p>Y.1. Eficacia</p> <p>Y.2. Excepciones</p> <p>Y.3. Ponderación de intereses</p> <p><u>VARIABLE INTERVINIENTE</u></p> <p>Z. PROCESO PENAL</p>

Anexo B: Instrumento: encuesta**FICHA TÉCNICA DEL INSTRUMENTO A UTILIZAR**

- TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DENOMINADO: “LA PRUEBA ILICITA EN EL ALLANAMIENTO EN EL PROCESO PENAL”
- AUTOR: JOSE MANUEL ESPINOZA HIDALGO.
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: DOCTORADO
- ESPECIALIDAD: EN DERECHO
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 49
- LUGAR DE APLICACIÓN: LIMA CENTRO
- TEMAS A EVALUAR: ALLANAMIENTO Y REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA
- TIPO DE PREGUNTAS: CERRADAS
- NÚMERO DE PREGUNTAS: 15

Cuestionario a utilizar:

NR	PREGUNTA	I	O	/R
PREGUNTAS SOBRE ALLANAMIENTO				
1	¿Considera usted que el domicilio puede ser conceptualizado como el sitio donde la persona desarrolla su vida privada?			
2	¿Está usted de acuerdo que el allanamiento al domicilio de una persona investigada en el proceso penal debe dirigirse a obtener medios probatorios?			
3	¿Está usted de acuerdo con que para restringir los derechos fundamentales en el proceso penal deben existir motivos graves y fundados en medios probatorios?			
4	¿Sabía usted que en el allanamiento se restringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio?			
5	¿Considera usted que en la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar el sitio y las dependencias en las que se realizará?			
6	¿Está usted de acuerdo que en la resolución en la que el Juez de la Investigación preparatoria autoriza el allanamiento, se debe precisar concretamente, cuál es su finalidad y las diligencias a realizar?			
PREGUNTAS SOBRE REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA				
7	¿Sabía usted que la eficacia de una norma se refiere a que cumpla con el objetivo para el cual fue promulgada, es decir la exclusión de la prueba			

	del proceso?			
8	¿Está usted de acuerdo que la eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita requiere de declaración judicial?			
9	¿Sabía usted que la jurisprudencia (norteamericana y española) creó situaciones que constituyen excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita?			
10	¿Conocía usted que las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita se aplican en el sistema jurídico Euro continental?			
11	¿Está usted de acuerdo con que la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita se fundamenta en el valor o importancia de los derechos en conflicto?			
12	¿Considera usted que ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita no resulta suficiente para convalidar la violación del derecho fundamental del afectado?			
13	¿Está usted de acuerdo con que La regla de la exclusión de la prueba ilícita originada en el allanamiento en el proceso penal resulta poco eficaz dado que, los jueces no la aplican con fundamento en las denominadas excepciones a la regla de exclusión?			
14	¿Sabía usted que el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal está constituido por la jurisprudencia norteamericana y española?			
15	¿Está usted de acuerdo con que la excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita obtenida en el allanamiento en el proceso penal más utilizada por los jueces es la de la ponderación de intereses?			

Anexo C: Validación determinada por experto

Después de revisado el instrumento de la investigación titulada “**LA PRUEBA ILICITA EN EL ALLANAMIENTO EN EL PROCESO PENAL**” mi calificación es la siguiente:

No	PREGUNTA	0	0	0	0	0	00
1	¿En qué porcentaje se logrará contrastar la hipótesis con este instrumento?						
2	¿En qué porcentaje considera que las preguntas están referidas a las variables e indicadores de la investigación?						
3	¿Qué porcentaje de las interrogantes planteadas son suficientes para lograr el objetivo general de la investigación?						
4	¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión?						
5	¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica?						
6	¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras?						

Validado favorablemente por:

DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

Anexo D: Confiabilidad del Instrumento determinada por experto

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado, “**LA PRUEBA ILICITA EN EL ALLANAMIENTO EN EL PROCESO PENAL**” por cuanto es factible de reproducción por otros investigadores o la aplicación a otras entidades similares.

Es decir, los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir el mismo rasgo en condiciones idénticas. Este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento.

En este sentido, el término confiabilidad del instrumento es equivalente a los de estabilidad y predictibilidad de los resultados que se lograrán. Esta es la acepción generalmente aceptada por los investigadores, lo cual es posible de lograr en este trabajo de investigación.

Otra manera de aproximarse a la confiabilidad del instrumento es preguntarse: ¿Hasta dónde los resultados obtenidos con el instrumento constituyen la medida verdadera de las variables que se pretenden medir? Esta acepción del término confiabilidad del instrumento es sinónimo de seguridad; la misma que es factible de lograr con el instrumento a utilizar en este trabajo de investigación.

Existe una tercera posibilidad de enfocar la confiabilidad de un instrumento; ella responde a la siguiente cuestión: ¿cuánto error está implícito en la medición de un instrumento? Se entiende que un instrumento es menos confiable en la medida que hay un mayor margen de error implícito en la medición. De acuerdo con esto, la confiabilidad puede ser definida como la ausencia relativa de error de medición en el instrumento; es decir, en este contexto, el término confiabilidad es sinónimo de precisión. En este trabajo se ha establecido un margen de error del

5% que es un porcentaje generalmente aceptado por los investigadores; lo que le da un nivel razonable de precisión al instrumento.

La confiabilidad del instrumento también puede ser enfocada como el grado de homogeneidad de los ítems del instrumento en relación con las variables. Es lo que se denomina la confiabilidad de consistencia interna u homogeneidad. En este trabajo de tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.