Criterio de Favorabilidad y Efecto Extensivo

Sumilla: Esta Sala Suprema, en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1344-2016/LIMA, de fecha 01 de agosto de 2017, resolvió la situación jurídica de los coimputados Gabriela de la Cruz Salazar y Yoel Jahines Alania Huaricapcha, llegando absolverlos de los cargos imputados, al determinar que la prueba incluida en el proceso era prueba ilícita por lo que, los fundamentos desarrollados y la conclusión arriba en la referida ejecutoria son extensivos para el recurrente por criterio de favorabilidad y efecto extensivo.

Lima, doce de septiembre de dos mil diecisiete.-

VISTO; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Yeirzon Aiminco Ramírez, contra la sentencia de folios 739/749, emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 21 de septiembre de 201 , que lo condenó como coautor del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad; y, a doscientos cuarenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2), 4) y 5) del Código Penal; así como, al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar de forma solidaria a favor del ente agraviado.

Con lo expuesto en el dictamen por la señora Fiscal Suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CEVALLOS VEGAS.

CONSIDERANDO

§. SUCESO FÁCTICO.-

Primero: Se imputa a los acusados Gabriela de la Cruz Salazar, Yoel Jahines Alania Huaricapcha y Yierzon Aiminco Ramírez, haber guardado y acondicionado pasta básica de cocaína, para su comercialización, en dos habitaciones que arrendaban dentro del inmueble ubicado en la Mz. P, lote 21 del Centro Poblado Villa Rica, primer sector en el distrito de Chaclacayo, lugar donde el día 21 de octubre de 2011, se encontró acondicionado en un maletín 3 bolsas plásticas transparentes, conteniendo cada una de ellas una

sustancia parduzca pulvurulenta al parecer pasta básica de cocaína y tres balanzas; de igual modo, se encontró sobre el piso de dicho ambiente un maletín de lona con el logo "CAMBER" en cuyo interior se encontró 3 sobres cuadrados de 20x20 cm vacíos, hechos de bolsa de plástico color blanco, recubierto con cinta de embalaje color transparente, las mismas que contenían adherentes de sustancias parduzcas pulvurulentas. Y obtenido el Resultado Preliminar de Análisis Químico de las sustancias se determinó que el contenido de las 3 bolsas plásticas correspondía a pasta básica de cocaína con un peso neto de 1.977 kilogramos; y, respecto a los 3 sobres vacíos se determinó que contenían adherencias positiva para cocaína.

§. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.-

Segundo: El Colegiado Superior emitió fallo condenatorio, contra el imputado Yeirzon Alminco Ramírez, toda vez que en la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2015, cuando se resolvió la situación jurídica de los procesados Gabriela de la Cruz Salazar y Yoel Jahines Alania Huaricapcha, se tuvo en cuenta la Ejecutoria Suprema del 19 de julio de 2007 sobre la doctrina del caso Souza v. United States, en cuya virtud se atenúa la regla de la exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial que se acredite en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el juez hubiera emitido de haberla solicitado. Por lo que superado ello la Sala Superior, valoró el hallazgo de droga, la cantidad y tipo de droga, la finalidad de la intervención e indicios contingentes e inexistencia de uniformidad y coherencia de la versión exculpatoria.

§. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

Tercero: El procesado Yeirzon Alminco Ramírez, en su recurso de nulidad, de fojas 753/756, expresa los siguientes agravios: **a)** No existe prueba alguna que lo implique con los hechos materia de acusación fiscal; **b)** No hubo amenaza alguna contra su coprocesado Yoel Alania Huaricapcha, ni ofrecimiento de dinero alguno; **c)** No existe imputación necesaria, situación que como garantía jurídico penal, debió impedir que la Sala Superior imponga una

sentencia condenatoria sobre la base incierta o imprecisa respecto de los hechos objeto de acusación; **d)** Su conducta fue neutral, carente de contenido penal toda vez que el recurrente nunca vivió en el domicilio donde se halló la droga, solo se limitó a visitar a su hermana y que se apersonó al domicilio a recoger sus pertenencias; **e)** Las declaraciones de los testigos Vidalina Taboada y Tenorio Cerrón, carecen de condiciones para ser tomadas como prueba plena de cargo; **f)** Los documentos hallados en el inmueble, revelan que el recurrente tenía un trabajo conocido por lo que resulta increíble que se esté dedicando a la microcomercialización de drogas; **g)** La prueba recabada en el proceso resulta ser prueba prohibida o ilegal.

§. FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.-

Cuarto: Esta Sala Suprema, en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1344-2016/LIMA, de fecha 01 de agosto de 2017, resolvió la situación jurídica de los coimputados Gabriela de la Cruz Salazar y Yoel Jahines Alania Huaricapcha, bajo los argumentos que se detallaran a continuación, los mismos que son extensivos para el recurrente por criterio de favorabilidad y efecto extensivo.

Quinto: Del Parte Policial S/N-2011-XX-DIRTEPOL-CALLAO/DIVANDRO-E2, de fojas 04/05, se tiene que el 21 de octubre de 2011, a las 15:45 horas aproximadamente, en mérito a una información obtenida el personal policial PNP del Equipo de Investigaciones N.° 02 y 03 de la División de Antidrogas del Callao, se constituyó al Centro Poblado Villa Rica Mz. P – distrito de Chaclacayo, con la finalidad de ubicar el inmueble donde se encontrarían residiendo los sujetos conocidos como "OSO" y "JOEL", quienes se estarían dedicando a actividades de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de acopio y distribución de pasta básica de cocaína. Por lo que, al no observar persona alguna procedieron a entrevistar a la persona de Vidalina Medina Taboada, conforme se detalla del Acta de Entrevista, de fojas 55/57, la misma que fue realizada sin la participación del representante del Ministerio Público, quien refirió ser propietaria del inmueble y al ser preguntada por los conocidos

como "OSO" y "JOEL", refirió que el conocido como "JOEL" era su inquilino Yoel Jahines Alania Huaricapcha que vivía en el primer piso, juntamente con su pareja Lucy de la Cruz, y ante la ausencia de dicho inquilino procedió a abrirles la puerta y en su presencia se realizó el registro de las habitaciones donde se halló la droga.

Sexto: Sin embargo, a fojas 30/33, obra la manifestación de la referida testigo, doña Vidalina Medina Taboada, donde detalla que el día de los hechos siendo las 13:00 horas aproximadamente una persona tocó la puerta de ingreso principal de su vivienda y cuando abrió dicho sujeto ingresó a la vivienda, procediendo ella a llamarle la atención por su actitud, preguntándole el motivo de su ingreso, pero al no obtener respuesta alguna por parte de este trató de cerrar la puerta, circunstancias en las cuales ingresaron varias personas, tomando la casa, manifestando que había una niña secuestrada, identificándose como policías, procediendo a pedirle que abra la puerta de los inquilinos que no se encontraban, momentos en que los policías le manifestaron que iban a romper la puerta de dicho cuarto para ingresar, entonces la referida testigo procedió a buscar la llave y abrirles dicha puerta retirándose de lugar, momentos después -15 minutos aproximadamente- los efectivos policiales le indicaron que habrían hallado droga. Asimismo, refirió que los efectivos policiales la obligaron a señalar que lo que habían hallado era droga. Debiendo resaltarse que dicha declaración también fue realizada sin la participación del Ministerio Público.

Séptimo: De lo precedentemente descrito advertimos que a fojas 8, obra el Acta Fiscal realizada por la representante del Ministerio Público, exhortando a los efectivos policiales que en las sucesivas intervenciones se debe hacer las coordinaciones respectivas con las Fiscalías de Turno de Chosica, cuando efectúen este tipo de intervención o acciones de inteligencia respectiva; pues la policía obvio comunicar al representante del Ministerio Público para que participe en dicha diligencia más aún cuando ya se tenía información previa; debiéndose, resaltar en este punto que la Constitución asigna al Ministerio Público el rol de conductor de la investigación y precisa que la Policía

Nacional se encuentra obligada a cumplir los mandatos de dicha institución en el ámbito de su función. Además el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, establece que solo las diligencias realizadas con participación del representante del Ministerio Público, tendrán valor probatorio.

Octavo: Una vez trascurrida la etapa de investigación preliminar e instrucción, puesto en autos el expediente al señor Fiscal Superior, este en su Dictamen N.° 141-2015 –véase fojas 454/460-, dispuso no haber mérito para pasar a juicio oral contra los acusados Yoel Jahines Alania Huaricapcha, Gabriela de la Cruz Salazar y Yierzon Alminco Ramírez, toda vez que la intervención no se debió a un operativo policial antidrogas, sino para confirmar información de inteligencia donde no se halló a ninguno de los acusados; así como tampoco fueron capturados en flagrante delito. Precisando que el Ministerio Público asume su responsabilidad de perseguir el delito y aceptar como prueba válida lo que se ha actuado únicamente a nivel policial de las garantías de ley, en el caso en concreto la policía obvió comunicar al Ministerio Público a fin de que participe desde el inicio de la actividad en la localidad de Chaclacayo, actuando de forma irregular, pese a tener conocimiento de que en este tipo de intervenciones como el allanamiento de inmueble deben de realizarse con autorización judicial o con la presencia del fiscal que otorga garantías al intervenido y mérito probatorio a lo actuado, opinión que resalta en cumplimiento de su deber de defensor de la legalidad; toda vez que el allanamiento se realizó con la vulneración de un derecho fundamental, esto es la inviolabilidad de domicilio, declarando la ilegalidad de dicha prueba. La Sala Superior al no compartir la decisión del Fiscal Superior, mediante Resolución N.° 227, de 27 de abril de 2015, de fojas 465/467, elevó en consulta al señor Fiscal Supremo en lo Penal. Al respecto advertimos que la Fiscalía Suprema, solo se pronunció sobre la actuación de la otros elementos probatorio; más no así, sobre la ilegalidad o no de la prueba. Por ende esta Suprema Sala en la referida ejecutoria dilucidó la ilegalidad de dicha prueba.

Noveno: La Constitución Política del Estado en su artículo 2 reconoce derechos fundamentales a todas las personas por su condición de ser humano; asimismo, en su artículo 139 establece elementos integrantes del debido proceso, los cuales desde una perspectiva constitucional deben de regir toda la actividad jurisdiccional. Dentro de ese marco de ideas en el artículo 2, numeral 9, la norma fundamental establece lo siguiente: "A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...)", como bien refiere el precitado artículo el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, existen excepciones siendo esta la flagrancia delictiva. En el caso materia de análisis la prueba que acreditaría la legalidad o ilegalidad del allanamiento al domicilio ubicado en la Mz. P, lote 21 del Centro Poblado Villa Rica, primer sector en el distrito de Chaclacayo, es la declaración de la testigo Vidalina Medina Taboada; como bien lo ha referido el Fiscal Superior, del Acta de Entrevista de la citada testigo nos daría la apariencia de que el ingreso a dicho domicilio a fin de realizar el allanamiento se habría realizado con la autorización de esta; sin embargo, revisado su declaración preliminar, se advierte que se habría ingresado a dicha vivienda utilizando temor e intimidación sobre la testigo al manifestarle un presunto secuestro de una menor de edad; asimismo, amenazaron con derribar la puerta, por lo que la testigo a fin de evitar ello fue en búsqueda de las llaves y procedió abrir la puerta; ello ha quedado corroborado con su declaración en juicio oral –véase reverso de fojas 603/610-. Hecho que también el representante del Ministerio Público desde el inicio de la investigación preliminar viene advirtiendo conforme se detalla de la ya citada Acta Fiscal, de fojas 52.

Décimo: De lo expuesto se concluye que el allanamiento de la vivienda no fue realizado con las garantías de ley, por el contrario se realizó vulnerando derechos fundamentales –esto es, la inviolabilidad del domicilio-, por ende el hallazgo de droga en dicho domicilio no tiene valor probatorio; y por el contrario ello constituye una prueba ilegal. La prueba ilícita o ilegal como institución procesal ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en las sentencias

recaídas en los Expedientes N.° 010-2002-AI/TC Lima [Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos] y N.° 1126-2004-HC/TC Lima [Vladimir Carlos Villanueva], entre otros, prescribiendo que: "[...] Las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso [...] solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso [...]. **La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales**[1]". Si bien existe la necesidad de perseguir el delito, ello debe realizarse respetando los derechos fundamentales, la persecución del delito y la investigación de la verdad poseen límites necesarios derivados de la necesidad de respeto a la dignidad de la persona humana y la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho; de otro modo se correría el riesgo de socavar valores colectivos, institucionales e individuales[2]. Tan importante como averiguar la verdad es respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías mínimas de la dignidad de la persona humana. Como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán: "La averiguación de la verdad no puede lograrse a cualquier precio". El combate eficaz contra la delincuencia no es irreconciliable con el respeto de las garantías constitucionales, peor aun cuando ambas premisas constituyen pilares normativos ideológicos de un Estado Constitucional de Derecho[3].

Décimo Primero: Asimismo, se entiende por pruebas ilícitas aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la Ley, en cuanto al medio mismo, o al procedimiento para obtenerlo, o que atenten contra la moral y las buenas costumbres, o contra la dignidad y la libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución; entendiéndose por obtención, para el caso, a toda labor tendiente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba, comprendiendo la búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto violen derechos fundamentales; y a la

[1] Fundamento Jurídico 105, el subarrayado y la negrita es nuestro.
[2] ROXIN, Claus; "Derecho procesal penal". (Trad. de Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor); Buenos Aires; Editores del Puerto; 2000. Pág. 191.
[3] GÁLVEZ MUÑOZ, Luis; "La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales"; Pamplona; Aranzadi; 2003. Pág.67.

valoración, como la utilización del resultado de la prueba en el momento de su ponderación. La prueba prohibida radica desde la perspectiva jurídica en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisible en el procedimiento probatorio; en tanto, desde el punto de vista de la política legislativa, en la disyuntiva entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados; respecto a los cuales cuando se defiende la necesidad de rechazar la prueba prohibida no se hace en defensa de un interés privado sino en resguardo de la personalidad humana; que, por lo tanto la finalidad de la prohibición de la prueba es la de garantizar la pureza del proceso y la superioridad moral del Estado; la encrucijada se presenta al enfrentar la prueba prohibida con los intereses del Estado, con un efectivo procedimiento, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales.

Décimo Segundo: Se debe precisar además que es deber del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y del otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, conforme lo prescribe el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, lo dicho no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, las mismas que se presentan con mayor intensidad en el proceso penal. La razón estriba en que el proceso penal persigue la realización de la pretensión punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores, para lo cual limitan en la práctica derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesario que despliegue tal actividad respetando el contenido esencial de los derechos, garantías y principios constitucionales.

Décimo Tercero: En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas es evidente que atribuir eficacia probatoria al Acta de Registro Domiciliario, realizado por la policía sin la participación del Ministerio Público, sin autorización de la propietaria del inmueble, doña Vidalina Medina Taboada, y sin la acreditación de un escenario de flagrancia, supone afectar la funcionabilidad del proceso penal, tanto en un aspecto formal, como en una

perspectiva material; más aún, cuando la prohibición de la obtención y valoración de la prueba no solo se encuentra justificada en las decisiones que se instauran en una etapa avanzada del proceso penal; o en el procedimiento de apelación o de nulidad de la sentencia. Ella rige como mandato constitucional y legal para todos los órganos de persecución penal, llámese Ministerio Público o Policía, y en todas las etapas del proceso en la que se averigüe la verdad. Abarca, por lo tanto, a la investigación preliminar, prisión provisional, la apertura del proceso penal, en particular en la determinación de los indicios o sospecha inicial, o a la hora de fundamentar la acusación. Es así que los agentes estatales como la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial tienen la obligación de cumplir con el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales. Por tanto considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho y dado el carácter de elemento esencial del proceso de los medios probatorios, resulta pertinente señalar que la prueba fundamental que dio origen al presente caso es ilegal, pues no cumple con los presupuestos de licitud para que este produzca certeza y convicción en el juzgador respecto a los hechos sometidos a decisión, en tal sentido corresponde absolver al acusado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **POR MAYORÍA** declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia de folios 739/749, emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 21 de septiembre de 2016, que condenó al acusado Yeirzon Alminco Ramírez, como coautor del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad; y, a doscientos cuarenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2), 4) y 5) del Código Penal; así como, al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar de forma solidaria a favor del ente agraviado; con lo demás que contiene; y, **REFORMÁNDOLA,** lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención; **ORDENARON** su inmediata libertad, que se

ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente; y, **MANDARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa, **OFICIÁNDOSE** vía fax o medio idóneo a la Sala Superior correspondiente para tal efecto; y, los devolvieron.- Interviene el señor Juez Supremo Iván Sequeiros Vargas por licencia de la señora Jueza Suprema Iris Pacheco Huancas.

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

CV/mrvc

LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, QUE SUSCRIBE, CERTIFICA QUE EL VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ IVAN SEQUEIROS VARGAS, ES COMO SIGUE:

VISTO, el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Yeirzon Almonco Ramírez, contra la sentencia de folios 739/749, emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 2 . de setiembre del 2016, que lo condena como autor del delito contra la salud pública, en la modalidad de trafico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, con lo demás que contiene.

CONSIDERANDO:

1.- El artículo 159 del Código Procesal Penal, determina que es prueba prohibida aquella que se obtiene con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, descripción normativa que nos remite al contenido esencial de la norma constitucional referido a derechos fundamentales.

2.- En este caso se menciona el derecho fundamental de la violación de domicilio (art. 2.9 del código político), dicha norma como todos los derechos fundamentales tienen límites claramente establecidos y que la propia constitución se encarga de mencionarlas cuando dice "salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración", en consecuencia es preciso delimitar este ámbito normativo a fin de concluir si hubo o no violación de domicilio.

3.- Teniendo en cuenta la declaración de la testigo Vidalina Medina Taboada, el ingreso a su domicilio no fue con presencia de fiscal y fue forzado por la policía, describiendo que el forzamiento consistió en hacer referencia a un supuesto secuestro de una menor de edad y luego amenazando con derribar la puerta, lo que determinó que la citada mujer ubique las llaves y abra la puerta de la habitación donde se encontró la droga.

4.- En el contexto descrito es preciso establecer si el hallazgo de la droga fue en condiciones de ilegalidad y con vulneración de derechos fundamentales, bajo el criterio normativo inicialmente descrito, o se trata de la obtención irregular de una prueba, condición que varía sustancialmente su valoración en el juzgamiento.

5.- Ingresar a un domicilio sin autorización del poseedor o propietario, constituye, sin duda vulneración del derecho fundamental antes referido, esto implica un ingreso subrepticio o

violento, sin conocimiento o contra la oposición del habitante legal, situación diferente al caso donde previa explicación y conminación, el propietario admite que revisen el inmueble, para lo cual inclusive busca las llaves, les permite el ingreso y además se identifican los que ingresan, cuyo jefe procede a entregar una tarjeta personal a la poseedora del inmueble.

6.- No todo exceso en una intervención policial, constituye necesariamente vulneración de derecho fundamental, siendo necesario distinguir entre un flagrante abuso y una irregularidad, pues se incurre en el fácil argumento de relacionar los derechos fundamentales y su protección, con ilícitos o irregularidades que, sin perjuicio del necesario correlato y correspondencia constitucional, debido a la pirámide normativa, donde todos los ilícitos normativos inferiores, necesariamente tienen repercusión constitucional, pero no por eso implican ineludiblemente atentados materiales a la constitución, siendo tarea fina del juzgador distinguir estos dos ámbitos que para el caso en concreto se denomina, prueba ilícita o prueba irregular. Si nos ubicamos en el extremo de considerar prueba ilícita las que se obtienen con vulneración constitucional y legal, incurrimos en extremismo y rigurosidad sin sentido que determina generalmente restricción extrema en la obtención de las fuentes de prueba, razón suficiente para ser cautos y razonables en la determinación de la prueba ilícita.

7.- El tribunal europeo de los derechos humanos, (sentencia de 12 de julio de 1988 caso Schenk contra Suiza), abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del convenio europeo de derechos humanos, según el cual, *«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido en la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter cívico sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella* . El tribunal optó en la sentencia por una solución intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión.

8.- En concreto el tribunal debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según la jurisprudencia del estado suizo demandado.

9.- El tribunal desestimó las alegaciones del demandante, (sobre prueba ilícita), concluyendo que el uso de la grabación ilegal no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se

había infringido el artículo 6.1 del convenio. El tribunal no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. De lo expuesto, lo verdaderamente relevante de la sentencia es destacar que el tribunal europeo de los derechos humanos no descarta que en algunos casos la forma de obtención de las pruebas incriminatorias puede tener incidencia directa a un proceso justo implicando una vulneración de las exigencias derivadas de su reconocimiento en el artículo 6, antes mencionado.

10.- Indica esta cita que inclusive ante la actuación de una prueba ilícita, si el proceso es debido y justo, no debe descartase su validez, debido a que se ha justificado o superado esa deficiencia en la obtención, con el sometimiento a un debate debido donde se evalúa inclusive la validez de dicha prueba.

11.- Los diversos mecanismos de solución ampliamente descritos y desarrollados sobre el tratamiento de la prueba prohibida, nos ubican mayoritariamente en la necesidad de una razonable ponderación de intereses que excluyendo toda posición extrema, permita un tratamiento idóneo de la prueba ilícita, en cada caso concreto, sin perder perspectiva sobre la incidencia esencial que en algunos casos tiene la prueba ilícita, cuya exclusión sin la debida evaluación y mesura deriva en clamorosos casos de impunidad, que cuando se trata de delitos graves o personas peligrosas, causa zozobra y alarma social, condiciones que es preciso evitar, en una interpretación sistemática y racional del código político.

12.- La prueba ilícita, sin duda tema conflictico y de constante debate en el derecho penal, varía desde concepciones permisivas, hasta aquellas extremadamente restrictivas, condiciones, ambas, que no es necesario extender a limites radicales, sino evaluar en función de diversos factores, (delito que se persigue, condiciones contextuales del momento de la obtención de la prueba, contexto social en el que se desenvuelve, entendimiento cabal de los derechos fundamentales, propósito constitucional de protección de esos derechos esenciales, delimitación precisa de la obtención de la prueba, propósitos de los involucrados en la obtención, etc), que determinan una idónea ponderación para calificar con elementos fundados si la prueba es ilícita o no.

13.- En ese contexto doctrinario sobre la prueba ilícita, se ha desarrollado un avance sustancial, que permite evaluar cada caso de manera precisa, evitando nociones generales y

abstractas que eventualmente pueden derivar en erróneas aplicaciones del criterio de la prueba prohibida,

a) Es precio anotar que la intervención policial excesiva, conforme fue descrita por la testigo Vidalina Medina Taboada, finalmente se produce cuando dicha mujer ubica las llaves del inmueble y procede a dar acceso a los policías, como consecuencia de las actitudes disuasivas a las que acuden los policías concurrentes al lugar, con el conocimiento previo de que había droga almacenada en una de las habitaciones del inmueble.

b) También es verdad que no se ejecutó ninguna acción violenta o intimidatoria que ponga en riesgo la integridad física de la testigo referida, sino más bien una actitud enérgica e invasiva de los custodios del orden, como normalmente están compelidos a actuar por las circunstancias especiales en que se protegen quienes cometen delitos y pretenden esconder, eludir o fugar de su accionar ilegal. Es más se deduce que el acceso al inmueble fue permitido y la dificultad se presenta cuando los miembros de la policía deciden ingresar a la habitación de los sospechosos, que es donde se producen las normales reticencias de la testigo, quien finalmente accede y dice que buscara las llaves de esa habitación.

c) Es verdad que hubo omisión de la policía de poner en conocimiento del ministerio público la noticia criminal y el operativo dispuesto, sin embargo al parecer la inminencia de la información y la necesidad de actuar determinaron una intervención inmediata.

d) Se determina estas condiciones de la información recibida sobre probables comercializadores de droga en el Callao, lo que permite, que como consecuencia de las investigaciones se derive a un lugar supuesto de acopio y cuando se produce la intervención en efecto se halla droga, en consecuencia, la intervención no se ha realizado con el ánimo de vulnerar el derecho fundamental de la propietaria del inmueble, sino con el fin de perseguir una pista debidamente informada, que ante la ausencia de las personas que habitan el lugar se tuvo como único testigo a la mujer propietaria del inmueble, quien había alquilado esa habitación a una pareja que concurría esporádicamente al inmueble.

e) El acta de hallazgo que ha sido firmada por la propietaria del inmueble da cuenta de lo que se halló en dicha habitación, documento que posteriormente fue ratificado con su

declaración, a pesar de la forma y circunstancias en que se inicia la cuestionada intervención. (ver folios 53)

f) Por otro lado, es preciso mencionar que el Código Político cuando establece la excepción de intervención aun vulnerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo hace con el evidente afán de controlar los márgenes de criminalidad, especialmente organizado, que agobia al país, haciendo cada vez más complicada la actividad de descubrimiento e investigación de hechos ilegales que en algunos casos, precisamente se ven protegidos por aparentes transgresiones constitucionales que en esencia no son, debido a que la norma, para calificar la prueba ilegal acude al "contenido esencial" del derecho fundamental vulnerado, lo que significa que esa vulneración tiene que ser de tal magnitud que colisiones frontal y flagrantemente aquello que sustancialmente protege el derecho fundamental, vale decir un atentado grave, flagrante, contundente, abusivo, violento y manifiestamente excesivo que además causa daño, perturbación y grave perjuicio a la persona afectada en su derecho esencial, de ahí que se requiere criterios de ponderación entre la acción, los fines y el supuesto acto violatorio.

g) En efecto en este caso, se procede a la intervención como consecuencia de la información recibida por la policía interviniente, con fecha 20 de octubre del 2001 (ver documento informativo de folios 3), en el que se determina que se viene persiguiendo personas dedicadas a la comercialización de droga en la provincia constitucional del Callao, que derivan en un sujeto apodado "oso y Joel", como uno de los distribuidores, indicándose que el lugar de acopio estaría en el centro poblado Villa Rica, Chaclacayo, actividad que se vendría realizando en compañía de una tal "Lucy", lo que requería urgente intervención.

h) Esto determina que el día 21 de octubre se proceda a la intervención en el domicilio antes referido, lo que deriva en una consideración jurídica esencial que es la flagrancia en la que se pretendía intervenir a los sujetos activos del delito o en todo caso el riesgo inminente o grave peligro, como dice la norma constitucional de la producción del delito, condición que evidentemente justifica la forma y modo de intervención.

i) La conclusión de la intervención como refiere la policía cuando comunica al ministerio público, ver documento de folios uno, refiere que se determinó que las dos personas que ocupaban ese inmueble eran "Joel (Alania Huaricapcha) y "Lucy (de la Cruz)", por

tanto la información recibida era correcta, lo que hacía necesaria y justifica la intervención inmediata, en las condiciones descritas.

j) Cuando la mujer intervenida en su domicilio describe la intervención, desde el momento inicial, refiere que ingresaron cuando abrió la puerta y cuando reclamo su actitud le dijeron que eran policías y que alguien dijo que se trataba del secuestro de una niña, pero luego le alcanzaron una tarjeta con el nombre de Fredy Hucharo Zarate, con el grado de mayor de la Policía Nacional, ante lo cual callo y empezó a rezar y le pidieron que abra la puerta de una habitación cerrada que era de unos inquilinos que no estaban, entonces busco las llaves e ingresaron a buscar y al cabo de unos minutos uno de los policías le dijo que habían encontrado droga en el interior de la habitación que abrió, le enseñaron y ella pensó que era harina color amarillento, situación que describe que el hallazgo en efecto fue en el interior de dicha habitación, quedando de esta manera acreditado el acopio de droga.

k) Es necesario en casos como el presente evaluar la buena fe de la intervención, así como realizar una ponderación de intereses a fin de establecer de manera suficiente la vulneración del derecho fundamental y como consecuencia de ello la invalidez de la prueba obtenida. En este caso, la policía interviene sobre una información debidamente recibida y en función de su propósito de combatir la comercialización de la droga en el callao, por ahí se justifica que un escuadrón de policías de esa jurisdicción haya llegado hasta Chaclacayo.

l) En cuanto a la ponderación de intereses, la afectación al derecho a la inviolabilidad del domicilio, que no ha sido al núcleo esencial de protección constitucional, sino más bien un acto excesivo que ha conminado a la propietaria para que abra la puerta de la habitación cerrada, por tanto el daño infringido al derecho sustancial de la mujer testigo, no reviste tal gravedad que determine la invalidez del hallazgo ni los intereses policiales que pretenden reprimir el crimen, en este caso tratándose de un delito de tráfico ilícito de drogas, cuya gravedad ciertamente justifica algunos comportamientos que están dentro de los límites de la agresión constitucional, pero que igualmente, por el propio interés constitucional de reprimir este tipo de delitos, se justifica, salvo que la agresión sea violenta y contradiga toda regla de respeto por la persona humana y su dignidad y sin tener en cuenta el derecho fundamental arrase inclusive ejerciendo violencia y con riesgo para la integridad física de la víctima, su derecho fundamental, resulta significativo en este caso para esa ponderación y justificar la buena, fe que

inclusive le dieron una tarjeta con el nombre del jefe policial que comandaba la intervención, entonces no había animo de cometer un acto ilegal ni mucho menos vulnerar un derecho fundamental.

m) En un ámbito de proporcionalidad entre el acto en que ha incurrido la policía y los resultados obtenidos, igualmente nos encontramos frente a una justificación valida y trascedente, lo que no implica justificar la vulneración de un derecho constitucional, sino más bien destacar el resultado frente a una mínima transgresión fuera de la ley de un comportamiento policial, lo que contribuye en la justificación de la validez de la prueba.

14.- Por las consideraciones expuestas mi voto es porque la prueba obtenida como consecuencia de la intervención policial realizada el día 21 de octubre del 2011, tiene validez, razón por la que mi voto es porque se declare no haber nulidad en la sentencia recurrida en condena y pena.

DECISION:

Estando a los fundamentos expuestos: **MI VOTO** es porque se declare: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima, de fecha 21 de Setiembre del 2016, que condena a Yeirzon Alminco Ramirez, como autor del delito contra la salud Publica, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, con lo demás que contiene y los devolvieron.

SEQUEIROS VARGAS.