ACTA DE LA SESIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL SUPERIOR NACIONAL PENAL "PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL, PROCESAL Y PENITENCIARIA".

En la ciudad de Trujillo el día 11 de diciembre del año 2004 los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República convocados al efecto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial cuya relación se detalla en el Anexo N°1 (**Lista de Asistentes**), se reunieron en Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal con el objeto de debatir los Temas que forman parte del Anexo N° 2 (**Temas de trabajo**), los cuales fueron examinados por los vocales que figuran en los grupos del Anexo N° 3 (**Grupos de Trabajo**), quienes fundamentaron las propuestas del Anexo N° 4 (**Dictámenes**). La sesión se lleva adelante en el Auditorio del *Gran Hotel El Golf Truxillo* de esta ciudad, bajo la presidencia de la Vocal Superior Elvia Barios Alvarado, Presidenta de la Comisión de Magistrados encargada de los Trabajos Preparatorios.

La Sra. Presidenta después de constatar la asistencia de la totalidad de los Magistrados Convocados al Pleno Jurisdiccional, declaró instalada la Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Penal Nacional. A continuación dio la bienvenida a los concurrentes y propuso a la Asamblea de Magistrados lo siguiente: 1) Someter a discusión los temas escogidos empezando por el primero hasta terminar con la votación correspondiente, para luego proseguir con el segundo y así sucesivamente, de acuerdo a lo programado. 2) Encargar la redacción del Acta de la Sesión al Director del Centro de Investigaciones Judiciales 3) Encomendar a los magistrados miembros de la Comisión que hizo los Trabajos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional, la aprobación y suscripción del Acta. Las propuestas indicadas fueron aprobadas por unanimidad.

Continuando con la sesión, la Sra. Presidenta abrió el debate en el orden indicado. El debate de los temas se desarrolló tras breve exposición a cargo de los relatores de los Grupos de Trabajo a quienes se encomendó su examen, seguido de la lectura de los textos del Anexo N° 5 (**Aportes y Objeciones**).

En las discusiones hicieron uso de la palabra los magistrados que figuran en la relación adjunta en el Anexo N° 6 (**Oradores**), cuyo detalle de sus intervenciones se puede apreciar en el Anexo N° 7(**Material audiovisual - 6 CD**)

Luego de los debates realizados en la forma indicada, se llegaron a los siguientes:

ACUERDOS PLENARIOS

TEMA 1: PLAZO RAZONABLE DE DETENCIÓN PREVENTIVA

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, algunos problemas jurisprudenciales derivados de la aplicación del artículo 137º del C.P.P. y generados también por las modificaciones introducidas a

este dispositivo legal así como por las diversas sentencias emitidas por el Tribun Constitucional.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. El plazo razonable de juzgamiento constituye derecho fundamental de toda persona, conforme lo exigen los artículos 18º y 24º de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo antecedente lo encontramos en el Tratado de Roma de 1950. En tal mérito, el sistema de justicia del Estado de Derecho debe concluir con el procesamiento penal de una persona (premunida aún de la presunción de inocencia) en un término prudencial y aceptable a fin de evitar la incertidumbre no sólo del individuo sometido a juzgamiento, sino también de aquel que se considera víctima y tiene una expectativa de resarcimiento por el evento causado.

II. Dentro de este contexto, la medida cautelar de detención preventiva (que por su naturaleza debe ser adoptada sólo cuando es estrictamente necesaria y esencialmente en función del peligro procesal), viene originando uno de los mayores debates, en nuestro sistema judicial penal, en la pretensión de querer establecer un plazo razonable de detención preventiva.

III. Las diversas interpretaciones de los operadores judiciales respecto a lo que constituye "plazo razonable" de juzgamiento genera desconfianza respecto de la eficacia del sistema judicial, y desconcierto en los destinatarios del servicio , así como podrían afectar los esfuerzos por lograr la seguridad ciudadana, resultando indespensable establecer lo que constituye "plazo razonable".

IV. Resulta evidente que por la trascendencia, el problema se circunscribe a establecer el término máximo de prisión preventiva que un individuo debe padecer, en tanto, como medida cautelar se afecta el derecho a la libertad.

SE ACUERDA:

Primero.- Por unanimidad: La interpretación del art. 137º del C.P.P. debe ser restrictiva en cuanto a los plazos máximos de detención preventiva; y tratándose de derechos fundamentales, la interpretación debe ser extensiva, favorable a los imputados.

Segundo.- Por mayoría: Los jueces deben fijar discrecionalmente los plazos de detención preventiva, teniendo en cuenta los límites que establece la ley, por lo que pueden ser menores a los dieciocho y treinta y seis meses.

Tercero.- Por mayoría: Los supuestos de duplicación y prolongación de los plazos de detención preventiva no son complementarios sino excluyentes.

Cuarto.- Por mayoría: El plazo máximo de la detención preventiva en los procesos sumarios (dieciocho meses, duplicados o prolongados, más aún si las penas pueden ser menores a tres años.

Quinto.- Por mayoría: El plazo máximo de la detención preventiva en los procesos ordinarios es de 36 meses, y excepcionalmente puede ser mayor si se dan maniobras dilatorias, por parte del imputado o su abogado defensor.

Sexto.- Por mayoría: No cabe incrementar el plazo de detención preventiva excepcionalmente cuando existe riesgo procesal que hace peligrar la continuación del proceso.

Séptimo.- Por unanimidad: En tanto el juez tenga en cuenta los presupuestos materiales para decretar la prisión preventiva, no habría contradicción entre los plazos máximos que establece nuestro sistema procesal y los principios de presunción de inocencia y plazo razonable de juzgamiento derivados del derecho a la dignidad de la persona.

Octavo.- Por mayoría: El plazo máximo de detención preventiva de 18 ó 36 meses, resulta razonable en tanto se consoliden con la actividad probatoria los supuestos que sustentan el mandato de detención, caso contrario el juez, de oficio debe variar dicha medida por ser favorable al imputado.

Noveno.- Por unanimidad: No se justifica un prolongado tiempo de detención preventiva bajo el argumento de la tranquilidad o el interés social, por tratarse de argumentos abiertos e indeterminados que podrían generar excesos por parte del juzgador, estableciendo criterios subjetivos.

Décimo.- Por mayoría: Se puede hacer uso de mecanismos alternativos para asegurar la presencia del procesado, sin acudir a un plazo excesivo de detención preventiva, como los de: fijar su permanencia en el lugar de residencia, impedimento de salida del país; y tratándose de imputados solventes debe fijarse una caución.

Décimo primero.- Por mayoría: Las resoluciones del Tribunal Constitucional son vinculantes si efectúan una interpretación del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, de conformidad con el derecho a la libertad individual; y si se trata de fallos reiterados y uniformes, debe tenerse en consideración lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; además que los intérpretes finales de los derechos son los organismos supranacionales.

TEMA 1.1 EL ARRESTO DOMICILIARIO Y SU FUTURO

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno los problemas derivados de la aplicación del artículo 143º primer párrafo e inciso 1, del Código Procesal Penal, relativo al arresto domiciliario, a través de la interpretación de la justicia ordinaria, como constitucional.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que : expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. El arresto domiciliario se viene imponiendo: 1) como restricción al mandato de comparecencia y, 2) al decretarse libertad por exceso de detención; supuestos en donde se establece un plazo de duración que excede en la práctica el fijado por el artículo ciento treintisiete del Código Procesal Penal, modificado por la Ley 28105.

II. El arresto domiciliario exige un inmueble donde se cumpla, siendo el problema que éste reúna las seguridades del caso para que no afecte la vida e integridad física del imputado, ni el arraigo de éste con el proceso, debiendo evaluarse si todos los domicilios que indiquen los encausados están aptos para tales finalidades y si el Juez está vinculado a señalar como domicilio para cumplir el arresto domiciliario el que indique el imputado, tanto cuando se trate de nacionales o de extranjeros.

Por otro lado, se ha sentado precedente que la custodia de la Policía Nacional al procesado con arresto domiciliario debe estar sujeta al control judicial o fiscal a fin de garantizar la sujeción del imputado al proceso, debiendo emitirse partes sobre la regularidad de tal medida.

III. Frente al hecho que no exista plazo razonable de arresto domiciliario se suma si el tiempo sufrido debe o no deducirse de la libertad por exceso de detención sin sentencia, o sea, si vencidos los plazos previstos en el articulo 137º del Código Procesal Penal, al cumplir tal medida, surte el mismo efecto que esta última y por lo tanto debe cesar. Mayormente la jurisprudencia nacional a negado tal posibilidad a pesar de que también es significativa la afectación a la libertad personal, aunque se cambie el ambiente penitenciario por el domiciliario.

Debe tenerse en cuenta para resolver esto, que ambas son medidas de coerción personal que existen por fines procesales y que el Estado está en la obligación de juzgar y sentenciar a los imputados sin dilaciones indebidas, a fin de establecer su responsabilidad o inocencia o en caso contrario por la provisionalidad de la medida debe decaer y convertirse en una más favorable o desaparecer.

IV. Otra interrogante surge de si el arresto domiciliario sufrido se deduce del cómputo de la pena privativa de la libertad; considerando un sector que su naturaleza es de aseguramiento al proceso y no de pena, por lo tanto es independiente a la ejecución de la sanción, pues no se aplica como una pena anticipada sino por la intensidad del peligro procesal que existe, a fin de poder concluir con el proceso, pues en el caso que se sustrajese no se podría expedir sentencia condenatoria en ausencia o contumacia.

V. Resulta importante establecer si el arresto domiciliario dictado luego de haber existido el vencimiento del plazo de prisión preventiva tiene la misma naturaleza que una medida de comparecencia con restricciones emitida al inicio del proceso. Así, se considera que mientras la comparecencia con restricciones se dicta cuando no se dan los requisitos del artículo 135º del Código Procesal Penal, porque falta 1 ó más requisitos y se utiliza la comparencia con la medida más extrema (arresto domiciliario) por la máxima intensidad del peligro procesal,

conforme al primer párrafo e inciso 1 del artículo 143º del mismo texto procesal; el criterio pa dejar libertad por exceso de detención y posterior arresto domiciliario es por el alto riesgo de sustracción al proceso del imputado al producirse su excarcelación optándose por disponerse en continuar restringida su libertad personal en un inmueble seguro y así pueda dictarse la sentencia que corresponda.

VI. Importante es definir los criterios para dictar la comparecencia con arresto domiciliario. Unos jueces consideran que en todos los casos donde no se dicte detención, pero existe el mayor riesgo de fuga, se debe dictar la medida. Otros sólo cuando se de el supuesto del primer párrafo del artículo 143º del Código Procesal Penal, o sea para imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente .

La segunda posición es la que un sector considera razonable, pues se argumenta que la interpretación de las normas que afectan la libertad personal debe ser restrictiva y las que la favorecen amplias; limitando la disposición citada a determinados presupuestos, pues se vulnera el principio de legalidad procesal, cuando se amplía fuera de esos casos ya que no es una interpretación literal, sistemática, ni teleológica, sino arbitraria, al extender a cualquier caso una medida tan grave como la expuesta a pesar de existir otras restricciones que pueden garantizar la concurrencia del imputado al proceso.

VII. Es así que el arresto domiciliario se extiende ahora a encausados que han obtenido libertad por exceso de detención, adoptándose esta medida en delitos donde se advierte grave riesgo procesal.

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: El arresto domiciliario es sólo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva.

Segundo.- Por mayoría: El arresto domiciliario debe tener un plazo porque limita la libertad del procesado y restringe sus derechos.

Tercero.- Por mayoría: El arresto domiciliario se puede cumplir en el lugar que propone el procesado o aquel que designe el Juez; igual regla se aplica para el caso de los extranjeros sin domicilio en el país.

Cuarto.- Por unanimidad: En caso de arresto domiciliario no es necesario que el resguardo policial sea permanente. La policía puede utilizar otros mecanismos de control como las visitas inopinadas.

Quinto.- Por unanimidad: El juez debe disponer que la policía verifique el cumplimiento de dicha medida coercitiva siendo su obligación controlarla, pudiendo inspeccionar el inmueble donde se va a ejecutar.

Sexto.- Por mayoría: El tiempo del arresto domiciliario es computable como parte del plazo de 18 meses establecido en el nuevo Código Procesal Penal, para conceder la libertad por exceso de detención sin sentencia.

Séptimo.- Por mayoría: El tiempo del arresto domiciliario no se deberá computar para deducirla de la pena privativa de la libertad impuesta.

Octavo.- Por unanimidad: El mandato de comparecencia con restricciones no tiene la misma naturaleza que la libertad por exceso de detención, porque la comparecencia se dicta cuando no corresponda un mandato de detención, es decir, no se dan los presupuestos del artículo 135 del C.P.P.; en cambio la libertad por exceso de detención es por vencimiento del plazo.

Noveno.- Por unanimidad: Los criterios para determinar arresto domiciliario están establecidos en la ley: ser mayor de 65 años, adolecer de enfermedad grave o incapacidad física y cuando el peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse.

Décimo.- Por mayoría: No es constitucional que resuelta la libertad por exceso de detención se establezca arresto domiciliario, pues se estaría imponiendo dos medidas cautelares sucesivas que afectan el mismo derecho fundamental; la libertad ambulatoria. Se pueden imponer otras medidas como reglas de conducta conforme lo ha hecho la Corte Suprema en el caso Lizier.

TEMA 2: DESVINCULACION DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, de un lado, los problemas derivados de la aplicación del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, relativos a la desvinculación de la acusación fiscal y el planteamiento de la tesis, y de otro lado, la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. La llamada desvinculación de la acusación Fiscal, conocida anteriormente como determinación alternativa, tiene que ver con el principio de la congruencia penal o correlación entre la acusación y sentencia, por lo que en propiedad se le debe denominar modificación de la calificación jurídica.

Si bien el principio acusatorio se asienta en la inmodificabilidad de la pretensión penal, esto es, de los hechos esenciales del escrito de acusación o en su caso de la ampliación de la misma (art. 263° del C. de P.P.), la doctrina mayoritaria ha sostenido que en materia de la calificación jurídica la vinculación es relativa para el órgano jurisdiccional.

En ese sentido el inciso 1 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, introduci por el Decreto Legislativo N° 959, establece que la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283° del citado código.

También recoge el criterio de la desvinculación relativa en cuanto a la calificación jurídica del escrito de acusación, cuando el inciso 2 autoriza a modificar tal calificación siempre que previamente la Sala haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad de defenderse, y en la medida que no exceda su propia competencia. Esta norma no hace sino preservar el contradictorio como componente esencial del derecho de defensa y evitar las modificaciones de la calificación jurídica sorpresivas que en varias sentencias del Tribunal Constitucional han sido consideradas violatorias del derecho de defensa que reconoce el artículo 139°.14 de la Constitución [Casos: Rutaldo Alejo Saavedra, STC 18.01.01 Exp. N° 1029-2000-HC/TC, Humberto Tineo Cabrera, STC 20.06.02, Exp. N° 1230-2002-HC/TC y Martha Guerra Carrasco, STC 20.09.02, Exp. N° 2082-202-HC/TC].

Pero a diferencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004 (en vacatio legis), el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales no estipula la oportunidad en que el tribunal debe plantear la posibilidad de modificar la calificación jurídica conocida también como planteamiento de la tesis. El que la norma en cuestión no señala desde cuándo ni hasta cuándo se puede plantear la desvinculación, no puede ser óbice para que la jurisprudencia en función de la necesidad de evitar espacios de impunidad y preservando el principio de contradicción, pueda construir criterios para su aplicación.

Por lo general, el planteamiento de la tesis será formulado por el tribunal a la vista de los actos de prueba que permitan advertir una incorrecta calificación. Sin embargo, siempre es posible que por diversos motivos se advierta la necesidad de plantear la modificación de la calificación jurídica durante o luego de los alegatos finales de las partes, para lo cual el tribunal necesariamente, en observancia del contradictorio, deberá dar oportunidad al acusado de que se defienda e incluso pueda ofrecer nuevos medios de prueba o llegar a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar adecuadamente su defensa. La preclusión no es un principio que deba prevalecer sobre los intereses de la justicia en evitar la impunidad o un fallo injusto, siempre que se procure el respeto al contradictorio.

Es por ello, que luego del debate en el Pleno, se ha estimado que la Sala puede plantear la tesis incluso hasta antes de la sentencia dando preceptivo lugar a la contradicción.

II. El planteamiento de la tesis que establece el inciso 2 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, como planteamiento de la modificación de la calificación jurídica del escrito de acusación, no es facultad exclusiva del Tribunal, puede ser planteada perfectamente por cualquiera de las partes de acuerdo a sus intereses y estrategias.

De lo que se trata es de preservar el contradictorio. En ese sentido, si una de las partes plantea una modificación de la calificación jurídica, ésta debe ponerse expresamente en conocimiento de todas las partes para que formulen sus estrategias de defensa, que incluyen obviamente la eventual aportación de nuevos medios de prueba, de la misma forma que si la hubiera planteado el mismo tribunal. Ello no significa que resida en las partes la potestad de determinar la

aplicación de la ley penal o que el planteamiento de las mismas vincule al tribunal, sino q preservar en la medida de lo posible, el contradictorio.

Ciertamente, la norma en cuestión estatuye una cláusula de seguridad para el acusado, que no pueda ser condenado con una modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación si no se le ha concedido la oportunidad de defenderse, y le impone la obligación al tribunal de conferirle tal oportunidad haciéndole conocer la posibilidad de modificación, de solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso ofrecer nuevos medios de prueba.

III. Conforme al inciso 1 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N° 959, la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación. Esta regla general, por cierto, está referida tanto al hecho principal como a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

El inciso 3 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales autoriza al tribunal a proceder a dar conocimiento de la posibilidad de modificar la calificación jurídica, si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad. Es de destacarse que la referida disposición legal tiene como fuentes al artículo 341º del Código Procesal Penal de Chile y el inciso 2 del artículo 265º de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

Acorde con la opinión de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que aumentan la punibilidad, no son hechos accidentales que se puedan introducir sin afectar el principio acusatorio, el inciso 1 del artículo 285º A prohibe que la sentencia condenatoria sobrepase las circunstancias fijadas en la acusación, dentro de las cuales están aquellas que pueden incrementar la punibilidad.

En tal sentido, el Tribunal no puede introducir hechos que constituyan circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal que incrementan la punibilidad, pues está vinculado a las circunstancias del escrito de acusación, y si éstas no han sido consideradas en el relato fáctico no podrán ser objeto de una modificación de la calificación jurídica que empeore la situación jurídica del acusado, en cuyo caso, al Fiscal le corresponderá, si lo tiene a bien, proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 263° del Código de Procedimientos Penales.

Efectuando una interpretación estricta del inciso 3 del artículo 285° A, el tribunal sólo podrá modificar la calificación jurídica propuesta en el escrito de acusación para estimar una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que aumenta la punibilidad, cuando tal circunstancia se desprenda del relato o descripción fáctica de la acusación y no haya sido considerada su calificación por el Fiscal.

La modificación de la calificación jurídica para estimar una circunstancia agravante no colisiona con ningún derecho fundamental, en la medida que la norma propicia el respeto al contradictorio, otorgando amplia posibilidad al acusado de defenderse y ofrecer nuevos medios de prueba. Por cierto, en la legislación comparada es admitida expresamente por el artículo 265º de la Ordenanza Procesal Penal alemana StPO, el artículo 341º del Código Procesal Penal de Chile, el artículo 364º del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela y el artículo 365º del Código Procesal Penal de Costa Rica, entre otros.

IV. Según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional son vinculante para los jueces las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.

Ciertamente no es toda la sentencia del Tribunal Constitucional la que vincula a los jueces, sino su *ratio decidendi*, y cuando así lo acuerde expresamente dicho tribunal. De modo tal que no es posible que los jueces se desvinculen apelando a lo prescrito en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al emitir sus fallos el Tribunal Constitucional no sólo interpreta la Constitución para aplicarla al caso concreto, sino que también realiza interpretaciones de la Constitución desde una ley, así como sobre la base de leyes de desarrollo constitucional, en la medida que el contenido esencial de los derechos fundamentales no aparece claramente definido en las normas constitucionales, sino que son desarrollados y delimitados por la ley, o sus excepciones y las garantías para restringirlos se establecen también por una ley. En ese sentido, también serán vinculantes las sentencias del Tribunal Constitucional que contengan dichas interpretaciones.

V. En la doctrina se han desarrollado algunas técnicas para desvincularse del precedente, siendo la más empleada la técnica del *distinguishing*, que a decir de Robert Alexy sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. Por el contrario, la técnica del *overruling* consiste en el rechazo del precedente.

Otros han sostenido que no son vinculantes las sentencias de los Tribunales Constitucionales que sean arbitrarias, que sean implicantes o que contengan únicamente una interpretación de la ley ordinaria.

Los jueces del Poder Judicial son los llamados a realizar la interpretación de la ley, de modo tal que no serán vinculantes las sentencias del Tribunal Constitucional respecto de la interpretación de una norma legal que no constituya una interpretación desde o conforme a la Constitución.

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: La desvinculación de la correlación entre acusación y sentencia constituye una modificación de la calificación jurídico penal. La posibilidad que tiene la Sala para plantear la modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación es hasta antes de la sentencia, debiendo observarse plenamente la contradicción.

Segundo.- Por unanimidad: En principio corresponde a las partes la introducción o planteamiento de las "tesis" para la modificación de la calificación jurídico penal y en defecto de las mismas lo debe hacer el Tribunal si estima que del debate aparece que los hechos objeto de la acusación han sido incorrectamente tipificados por el Fiscal. Ello no significa que resida en las partes la potestad de determinar la aplicación de la ley penal o que el planteamiento de las mismas vincule al Tribunal, sino de preservar en la medida de lo posible el contradictorio.

Tercero.- Por mayoría: Conforme al inciso 1 del artículo 285° A del Código de Procedimient Penales la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación, de modo tal que el inciso 3 de la misma norma debe ceñirse a dicho postulado, en el sentido que el Tribunal no puede introducir hechos que constituyan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que incrementen la punibilidad y no hubieran sido objeto del escrito de acusación. Sólo será posible que la Sala sobre la base de las circunstancias fácticas fijadas en el escrito de acusación pueda calificar jurídicamente las agravantes. En caso contrario, corresponderá al Fiscal, si lo tiene a bien, proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 263° del Código de Procedimientos Penales, esto es, efectuar una nueva acusación.

Cuarto.- Por unanimidad: Son vinculantes para los jueces las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, tal como lo prescribe el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Lo serán también las sentencias del Tribunal Constitucional cuya *ratio decidendi* se funda en una ley de desarrollo constitucional del contenido esencial de un derecho fundamental y las que contengan interpretaciones conforme a lo establecido en los artículos V y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Quinto.- Por unanimidad: El Juez sólo puede desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional cuando los hechos del caso que tiene que decidir contenga un elemento distinto a los hechos objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional. También es posible la desvinculación cuando el Tribunal Constitucional ha expedido sentencias en las que se resuelva el caso interpretando únicamente una norma legal o cuando se trate de dos sentencias implicantes que contengan interpretaciones de normas constitucionales que colisionan o entran en conflicto entre sí, pudiendo en tal supuesto escoger la que más se ajuste al caso concreto o compatibilizando o armonizando los derechos constitucionales en conflicto para su aplicación al caso concreto.

TEMA 3: LA PRUEBA ILICITA Y LA PRUEBA PROHIBIDA

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, los problemas derivados de la obtención de la prueba ilícita y la prueba prohibida, así como sus efectos jurídicos sobre la valoración de la prueba, sus reglas y excepciones, tema que ha concitado el interés nacional en los procesos seguidos a *acusados por terrorismo y corrupción, siendo necesario que este Pleno establezca las pautas a* seguir.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. Históricamente, la actuación probatoria en el proceso penal ha estado vinculada a la afectación de derechos fundamentales, de ahí que, las doctrinas sobre la prueba ilícita o prueba prohibida,

constituyan sin lugar a dudas, verdaderos límites de la actuación probatoria oficial (sistem mixto inquisitivos) o de las partes (sistemas adversariales). Son reglas que limitan el poder arbitrario de probar y garantizan los derechos fundamentales. Recordemos que, la búsqueda de la verdad y la investigación oficial han condicionado fuertemente la obtención de la prueba, introduciendo a través de los sistemas inquisitivos, la práctica institucionalizada del uso de la violencia –física o psicológica- contra la persona humana para obtener la prueba. Incluso, el hecho histórico de conferir a los jueces la función exclusiva de la prueba, creó un proceso penal que no ha respetado la idea básica de un proceso *justo e imparcial*.

Por ello, la sociedad peruana y el poder político exige a los jueces que cumplan su "deber" de demostrar el delito y la responsabilidad penal, es decir, que los jueces se sumen a la misión de la Policía y del Ministerio Público de probar el delito y la responsabilidad penal. Sin duda que esta distorsión no ha sido generada únicamente por la incoherente legislación procesal, sino básicamente por una vieja y persistente cultura inquisidora, que pretende ver al Poder Judicial y sus jueces, como el brazo castigador del Estado –al mismo estilo del viejo Estado Medieval-, lo que resulta incompatible con la función del Poder Judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la principal fortaleza institucional de la administración de justicia está en su imparcialidad.

II. Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la "regla de exclusión" y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales carecían de valor probatorio, por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales. Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGOÑON, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI[1]. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal).

[1] El profesor CAFFERATA NORES también distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación irregular al proceso (ver La prueba en el proceso penal, Bs As 1986). En el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES (En "El concepto de la prueba ilícita ...", Barcelona, 1999).

Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz.

Generalmente, los derechos constitucionales que se suelen afectar en la obtención de fuentes de prueba son: el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho de intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales.

DIAZ CABIALE[2] afirma que también se pueden afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontramos en el supuesto de prueba ilegítimamente obtenida, cuando: se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación[3], a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, tienen más bien una connotación de prueba irregular, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención.

III. La regla general en materia de prueba ilícita o prohibida sigue siendo la exclusión de la prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado.

Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como "...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito....". Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia.[4] Y, si bien estas reglas en su momento fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones, las mismas que se han venido incorporando a través de la jurisprudencia americana y europea, como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros, entre otras doctrinas. Y para el caso de la prueba derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que seguramente se desarrollarán en el futuro, deben ser consideradas como verdaderas excepciones, que estas excepciones no se generalicen, sino que con ellas se fortalezca la vigencia de la prohibición de valorar la prueba obtenida con violación a la Constitución.

---

[2] Citado por MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, "Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal", Valencia, 2003. Pág. 42.

[3] Grave problema que enfrenta entonces la Sentencia del TC sobre la legislación antiterrorista de enero del 2003, donde afirma que es "válido que el procesado no se entere de que se le acusa antes de su declaración instructiva".

[4] MAXIMILIANO HAIRABEDIAN, "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal". Buenos Aires, 2002. p. 57.

IV. La violación constitucional por lo general se produce durante la fase de investigación del delito o búsqueda de las fuentes de prueba (fase policial), sin embargo, también se puede presentar durante el proceso, cuando se le interroga por ejemplo al acusado, sin que previamente se le haya comunicado por qué se le acusa, o cuando se le toma la declaración a un testigo sin poner en su conocimiento que por su grado de parentesco no se encontraba obligado a declarar. Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba.

V. La Doctrina de la buena fe, admite la posibilidad de valorar la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia.

Esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo droga con menores de edad.

Al respecto se afirma "...si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión".

VI. La Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, admite que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, por que si "...bien es razonable absolver a quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente ...repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento".[5] Por ejemplo, el caso de la absolución apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al acusado, en base al argumento de que "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador".

VII. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena.

En tal sentido, la STC 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que "la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena del tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo".

VIII. Doctrina de la Ponderación de intereses: Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho

[5] **RUIZ VADILLO, citado por Martí Sánchez en la "Llamada prueba ilícita..." p. 153**

objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.

Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN "cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba".[6]

IX. La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, fue introducida por la jurisprudencia americana, a partir de los casos Walder v. US (1954) y Harris, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. Queda claro que esta doctrina admite la validez de la prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad[7].

X. La teoría del riesgo, es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada.

Igualmente se admitió en el famoso caso "Gallo", la validez de una confesión hecha sobre un crimen cometido, y que había sido grabado por periodistas. Aquí se aplica esta teoría, pues "el riesgo de ser oído o de la delación por parte del interlocutor al que Gallo confió información, era una posibilidad que asumió, sin que exista simulación o calidad ficticia...máxime cuando se habla en un lugar público...".

En los casos Hoffa v. US y Lewis v. US, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción "...entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

XI. Como es conocido, la regla general indica que toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, *así como toda fuente que se origine en ella, en razón que dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada.* Si la raíz del árbol está

---

[6] Citado por MAXIMILIANO HAIRABEDIAN en "Eficacia de la prueba ilícita y ...".p. 92.

[7] Es importante destacar, que esta excepción no es aceptada plenamente, como se desprende de las citas que hace STRONG respecto de la Corte de Oregon y Massachussets, quienes no la admiten ni para condenar ni desvirtuar declaraciones del imputado, citado por HAIRABEDIAN p. 102.

envenenada, los frutos que produce también. La justificación de la invalidez de la prue derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones. En la jurisprudencia se han introducido respecto de esta regla las siguientes excepciones: a) La Teoría de la fuente independiente, que sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente. Esta doctrina está muy extendida; b) Teoría del hallazgo inevitable, se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la Policía haya actuado de buena fe. El caso Nix v. Williams (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas por que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad; c) Teoría del nexo causal atenuado, regula un supuesto intermedio entre la prueba ilícitamente obtenida y la teoría de la fuente independiente.

Para dar valor probatorio se requiere que la prueba incriminatoria nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen (violación constitucional) y la prueba derivada, a través de la intervención de un tercero o mediante la confesión espontánea. Es el caso donde "...la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía información antelada que era habitual en la comercialización de drogas, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. En este caso la jurisprudencia española estableció que "...inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo de droga..."

XII. En el caso de la prueba irregular o defectuosa, estamos ante supuestos de fuente de prueba obtenidos legítimamente, pero que por defecto del medio de prueba, es decir de la observancia de formalidades en su incorporación, adolecen de ineficacia. Sin embargo, estas violaciones a normas procesales, pueden ser subsanadas y corregidas, pero dentro del plazo legal. Caso contrario, ya no podrán ser enmendadas y valoradas. Son el caso frecuente de la prueba pericial no ratificada, por ejemplo.

Aquí no existe efecto indirecto de la ilegalidad de la prueba. Si la prueba se incorporó ilegalmente, tal ilegalidad no alcanza a la que se pueda derivar de ella, siempre que dichas pruebas derivadas se incorporen lícitamente.

XIII. Cuál es la mejor técnica para regular la prueba prohibida: sistema reglado o jurisprudencial. El nuevo Código Procesal Penal en su artículo VIII del T.P. establece las dos reglas vinculadas a la obtención y a la incorporación de la prueba señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenido e incorporado al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Además sostiene que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona.

Al parecer esta redacción nos induciría a afirmar una recepción absoluta de las reglas de exclusión y del fruto del árbol envenenado, lo cual no es compatible con los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales contemporáneos. Así parece desprenderse por el hecho de no haberse admitido alguna excepción a estas reglas.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL
Centro de Investigaciones Judiciales

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución –sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso.

Segundo.- Por mayoría: Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe.

Tercero.- Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra.

Cuarto.- Por mayoría: Admitir la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo argumento que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero).

Quinto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la Ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien , toda violación a derechos fundamentales, por si ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja.

Sexto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado.

Séptimo.- Por mayoría: Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es valido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas.

Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio del la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneas, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a

pesar de ello asumen el riego de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no ta confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas.

Octavo.- Por unanimidad: Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilícitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada.

Noveno.- Por unanimidad: No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a la reglas de anulabilidad. Si el defecto no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración.

TEMA 4: DETERMINACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE PENA. LEY 28002. TID.

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, los problemas jurisprudenciales derivados de la supresión normativa del artículo 29 del Código Penal; así como de la aplicación de la sustitución de la pena impuesta por la más favorable, como consecuencia de las reformas punitivas introducidas por la ley 28002, en los delitos de tráfico ilícito de drogas. También lo son, los criterios e indicadores que deben servir para la concreción del principio de proporcionalidad en aquéllos delitos afectados por decisiones de sobrecriminalización que han incrementado considerablemente las penas conminadas como el delito de robo con agravantes, secuestro o violación de menores.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. El Pleno Jurisdiccional realizado en la ciudad de Iquitos en 1998, desarrolló indicadores adecuados para el control y homogeneidad en el uso jurisdiccional del principio de proporcionalidad, a fin de poder alcanzar en el caso concreto una pena justa, sobretodo en la sanción de aquellos delitos afectados por decisiones de sobrecriminalización. Que tales criterios

no han perdido vigencia por su razonabilidad y coherencia, por lo que es de ratificar complementar su contenido y alcances.

II. Los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas demandan que la conminación y concreción de las sanciones penales cumplan con exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito. En ese contexto, la ausencia de límites legales genéricos para las penas privativas de libertad temporales, como la supresión del artículo 29º del Código Penal, crea un espacio de arbitrariedad que debe ser superado con la definición de criterios jurisdiccionales que precisen el límite máximo de la duración de dicha clase de penas, recurriendo, para ello, a una interpretación sistemática que involucre al Código Penal y a las Leyes Penales especiales y complementarias.

III. Que los efectos de la ley penal más favorable sobre sentencias condenatorias en ejecución, a los que alude el párrafo in fine del artículo 6° del Código Penal, deben evaluarse y definirse en cada caso concreto con arreglo a las exigencias del principio de legalidad y proporcionalidad. En el caso específico de los artículos 296°, 297° y 298° del Código Sustantivo, la sustitución de las penas impuestas antes de la vigencia de la ley 28002 debe aplicarse en base a criterios comunes que no afectan las diligencias entre tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados.

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: los criterios e indicadores que permiten utilizar razonablemente el principio de proporcionalidad de las penas para reducir los excesos de las penas conminadas para delitos como el robo agravado, la violación de menores y el secuestro, y corregir jurisdiccionalmente los excesos, están señalados en el empleo de criterios relacionados al bien jurídico, la jerarquía de los tipos penales al grado de culpabilidad de los agentes. En ese sentido el Juez, aplicando estos criterios puede rebajar la pena por debajo del mínimo conminado, con la debida motivación.

Segundo.- Por mayoría: Para decidir la pena aplicable en delitos que establecen el máximo legal conminando de pena privativa de libertad, como en el caso de asesinato, debe el Parlamento Nacional expedir la ley que restablezca el artículo 29 del C. P.; transitoriamente se asume que se puede integrar el extremo máximo a través de una interpretación sistemática, que se tome en cuenta el límite máximo de pena privativa de libertad temporal existente dentro del sistema (35 años) o se adopte como límite máximo el del tipo básico de homicidio simple (20 años), teniendo en cuanta la gravedad particular del caso (pluralidad de víctimas, concurso real de delitos)

Tercero.- Por mayoría: Para una sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las penas conminadas en los artículos 296º y 297º del Código Penal antes de la Ley 28002 y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, se aseguran los siguientes criterios de sustitución:

1.- Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal.

2.- Si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal.

3.- Si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal.

4.- Si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pei del tipo base (artículo 296°), no se podrá reducir la pena.

Cuarto.- Por mayoría: La Sala Penal puede sustituir el tipo y la pena de los sentenciados por tráfico ilícito de drogas a quienes se aplicó únicamente el artículo 297° del Código Penal, pese a que fueron condenados por la posesión de una escasa cantidad de droga, pero concurriendo también circunstancias agravantes por cuanto el nuevo texto del artículo 298° párrafo final lo autoriza y materializaría en efecto favorable de retroactividad.

TEMA 5: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, los problemas que se generan con relación a la punibilidad de los particulares (extraneus) que interviene en la comisión de delitos especiales, siendo necesario establecer los ámbitos de imputación que les corresponda como autores y/o partícipes.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. En el ámbito de la criminalidad existen delitos cuya comisión se realiza por sujetos calificados o especiales, pero que cuentan con el concurso de terceros particulares o que no ostentan la calidad del sujeto calificado por el tipo penal.

II. Frente a estas situaciones fácticas, la respuestas penales deben ser eficaces, a fin de evitar la impunidad, pero igualmente respetuosas de los principios que guían la política criminal de un Estado Democrático y de Derecho; debiendo para ello contar los operadores jurídicos con criterios que permitan delimitar el ámbito de imputación de los autores o partícipes en los delitos especiales propios e impropios.

III. Al respecto debe tenerse en cuenta, entre otros, el sistema diferenciado de autoría y participación; la accesoriedad limitada de ésta con relación a aquélla; la observancia estricta de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

SE ACUERDA:

Primero.- Por unanimidad: Los criterios mínimos que debe considerar el juzgador para delimitar los ámbitos de imputación de autores y partícipes, en los delitos especiales propios e impropios, son los siguientes:

a) Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de éstos en la realización del delito especial de que se trate.

b) Considerar que siempre la participación, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), es siempre accesoria de la autoría.

c) Tener en cuenta, sin embargo, que dicha accesoriedad, no es rígida o ilimitada, sino que está circunscrita al ámbito de la descripción típica del delito especial.

d) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado, sin que ello signifique que los aportes a la realización de la conducta delictiva de los extranei, no sean desvalorados a efectos punitivos, en la medida que coadyuvaron a la lesión del bien jurídico protegido, por parte del sujeto cualificado.

Segundo.- Por unanimidad: En los delitos especiales propios e impropios, sólo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un intraneus y un extraneus dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde.

Tercero.- Por unanimidad: Es admisible que el sujeto cualificado (intraneus) pueda ser considerado autor mediato de un delito especial, en el que se utilice como intermediario a un particular, en la medida que el intraneus o sujeto calificado, tiene el dominio social respecto de la disponibilidad del bien jurídico tutelado.

TEMA 6: BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y CÓMPUTO DE PENAS

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, los problemas derivados de la interpretación de las normas relativas a la concesión de beneficios penitenciarios de los condenados.
Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. En un Estado democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual constituye uno de los principios del régimen penitenciario reconocido por el inciso 22) del Art. 139º de la Constitución Política del Estado, norma constitucional que concuerda con lo dispuesto en el Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que textualmente señala: "El

régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados".

II. Este principio está dirigido a todos los Poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o al momento de establecer el quantum de ellas. Entre esas condiciones de ejecución, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado.

III. Estos principios presuponen, intrínsicamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. En tal sentido, dichos beneficios procederán si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

IV. El otorgamiento de los beneficios penitenciarios como la semilibertad y la liberación condicional, está condicionado a que los fines de la pena se hayan cumplido y tienen su razón de ser en los principios constitucionales de los fines de la pena, es decir, la reeducación y reinserción social: prevención especial y tratamiento penitenciario; así como en los factores positivos, en la evolución de la personalidad del recluso para individualizar la condena impuesta ofreciendo al penado estímulos gratificantes.

V. En consecuencia, la concesión de beneficios penitenciarios está condicionada a una evaluación judicial previa, consistente en analizar que el tratamiento penal brindado al condenado durante la ejecución de la pena, permita prever que éste está apto para ser reincorporado a la Sociedad, precisamente por haber dado muestras evidentes y razonables de haberse reeducado y rehabilitado. Esta evaluación judicial, como facultad del Juez, está implícita en los artículos 50º y 55º del Código de Ejecución Penal, modificados por la Ley N° 27835 de 22/09/2002, cuando en la parte in fine se señala textualmente: El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito.

VI. La evaluación judicial previa a la concesión de algún beneficio penitenciario reconocida por las normas legales antes acotadas, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el EXP. N° 1607-2003-HC-TC (Proceso constitucional de Hábeas Corpus), cuando señala en la parte considerativa: "...su concesión deberá requerir de parte del Juzgador, además de los requisitos formales, de una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido".

VII. Expuestas las razones para llevar al Pleno Jurisdiccional el tema de los beneficios penitenciarios, surge una primera interrogante respecto al uso del arbitrio judicial en la aplicación de los Arts. 50º y 55º del Código de Ejecución Penal ya anotados, ya que dichas normas confieren al Juez una facultad subjetiva cuando señala: "...permitan suponer, que no cometerá nuevo delito". Sobre este aspecto, el Pleno Jurisdiccional debatió dos proposiciones: a) La que plantea que el Juez sólo debe evaluar la personalidad del condenado y su conducta observada en el interior del establecimiento penal, dejándose de lado la naturaleza del delito cometido por el condenado por cuanto este elemento ya fue evaluado al momento de pronunciar Sentencia; y b)

La que plantea que el Juez debe evaluar los tres elementos que contemplan los Arts. 50º y 5! del C.E.P., es decir, la naturaleza del delito cometido por el condenado que comprende la gravedad del mismo, la afectación de bienes jurídicos relevantes como la vida y la libertad individual, la magnitud del evento y el grado de nocividad social del hecho punible; además de la personalidad del condenado y su conducta observada en el interior del establecimiento penal.

En ambas propuestas se incluyó la posibilidad de que el Juez deba realizar una apreciación crítica de los informes psicológicos y sociales expedidos por los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario, los mismos que deben ser minuciosos y de ser el caso podrían concurrir a la audiencia pública correspondiente para que ilustren al Juez sobre dichos informes, lo que permitirá al magistrado, bajo el principio de inmediación, tener un concepto más amplio de la personalidad del condenado que solicita un beneficio penitenciario.

VIII. De otro lado, se presentaban problemas con la interpretación del Art. 40º de la Ley N° 26320, respecto a los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas previsto y penado en el Art. 296º del C.P., en tanto el antecedente de una condena anterior por cualquier tipo de delito era causal para denegar dichos beneficios concurriendo otro criterio de que la condena anterior verse sobre el mismo tipo de delito, en base a una interpretación teleológica de la norma.

IX. Asimismo, otro problema latente que ocurre en el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales respecto a los beneficios penitenciarios, es el caso de refundición de condenas por concurso real retrospectivo toda vez que algunos operadores conceptúan que al existir dos condenas independientes, al refundirse ambas existiría una sola condena, por lo tanto procedería el otorgamiento del beneficio; sin embargo, algunos otros abordan el tema desde la perspectiva de que hay dos condenas y por tanto no conceden dichos beneficios.

X. En cuanto al grado de readaptación del interno, algunos órganos jurisdiccionales, incluso representantes del Ministerio Público, consideran que los beneficios penitenciarios sólo deben concederse cuando ha formalizado el tratamiento penitenciario en el interior del establecimiento penal, lo que planteándose como criterio opuesto, dichos beneficios deben concederse de acuerdo al grado de evolución del proceso de readaptación o resocialización del interno y la fase terminal de dicho tratamiento se hará en el medio libre, teniendo participación la sociedad, las instituciones y otras personas conforme lo señala el artículo Sexto del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

XI. Respecto a los sentenciados que vienen gozando de algún beneficio penitenciario, el Pleno debatió el caso en que éstos vuelvan a incurrir en nuevo delito doloso o incumplan con reglas de conducta. Advirtiendo del desarrollo jurisprudencial que en tales supuestos se les revoca dicho beneficio disponiéndose se cumpla el resto de la pena conforme al artículo 193º del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: Los criterios que debe considerar el juez para suponer que el sentenciado no cometerá nuevo delito doloso son los dos elementos que señalan las normas de ejecución penal (artículo 50º y 55º C.E.P.), como son: la personalidad del condenado y su conducta observada en el interior del establecimiento penal, dejándose de lado el tercer

elemento consistente en la naturaleza del delito cometido ya que este concepto fue analizado evaluado por el órgano jurisdiccional que impuso la condena.

Igualmente, para la concesión de tales beneficios el juez debe realizar una apreciación crítica de los informes psicológicos y sociales de los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario, los mismos que deben ser exhaustivos y minuciosos y de ser el caso, podrían concurrir a la Audiencia Pública para que ilustren al Juez sobre sus informes correspondientes, lo que permitirá al magistrado, bajo el principio de Inmediación, tener un concepto más amplio de la personalidad del condenado que solicita el beneficio penitenciario.

Segundo.- Por unanimidad: El Juez debe denegar los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional a los sentenciados por delito de Trafico Ilícito de Drogas, tipo base, cuando han sido condenados anteriormente por el mismo delito de TID y no cuando la anterior condena ha sido aplicada por la comisión de otra clase de delitos. La ley 26320, artículo 4º, es una ley especial que regula el tráfico ilícito de drogas. En tal sentido, existiendo una norma especializada en la materia para este tipo delictuoso, la negación del beneficio penitenciario cabe sólo si la primera condena es de tráfico ilícito de drogas en atención al fin y la razón de la norma.

Tercero.- Por mayoría: El Juez no debe denegar los beneficios penitenciarios de similibertad y liberación condicional tratándose del delito TID, tipo base, cuanto el peticionario tuvo dos o más condenas anteriores que se refundieron en una sola porque al producirse la refundición de condenas, se convierte en una sola pena y nada impide que este condenado pueda acogerse a los beneficios penitenciarios por la sencilla razón de que si oportunamente se hubieran acumulado los procesos penales correspondientes, se habría producido un solo juzgamiento y por consiguiente hubiera merecido una sola pena, no siendo causa imputable al reo que dichos procesos no se hayan acumulado máxime si la acumulación puede funcionar de oficio.

Cuarto.- Por unanimidad: Para conceder los beneficios penitenciarios no es necesario que el condenado esté completamente reeducado y rehabilitado en el interior del establecimiento penal, debiendo otorgarse el beneficio teniendo en cuenta el grado de evolución progresiva de su tratamiento penitenciario. Esa es la razón por la cual inicialmente se ha previsto la concesión de semilibertad y en la fase más avanzada, la liberación condicional. Una vez otorgado estos beneficios, la reeducación y la rehabilitación debe continuar en el medio libre con la asistencia de otros entes previstos en el artículo 6º del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

Quinto.- Por unanimidad: En el caso de revocatoria de algún beneficio penitenciario, ya sea semilibertad o liberación condicional por la comisión de un nuevo delito doloso, el condenado debe cumplir la pena que estuviere pendiente y sucesivamente la nueva pena por el ultimo delito, de acuerdo a lo previsto en el artículo 193º del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

Sexto.- Por unanimidad: En el mismo caso del acuerdo anterior, al no haberse revocado el beneficio penitenciario mediante resolución expresa, no cabe aducir la revocatoria automática para los efectos del pronunciamiento de un nuevo pedido de beneficio, sino necesariamente, debe ser expresa porque se afecta un derecho fundamental como es la libertad y además se debe considerar que por la condena que se le revocó ya no procede beneficio penitenciario.

Siendo las seis de la tarde del día once de diciembre de dos mil cuatro, se concluyó la Sesión del Pleno Jurisdiccional Penal Superior Nacional "***Problemática en la Aplicación de la Norma***

Penal, Procesal y Penitenciaria", en fe de lo cual suscriben el presente Acta los miembros d la Comisión encargada de los trabajos preparatorios del Pleno.

El evento fue clausurado por el Presidente del Poder Judicial, Doctor Hugo Sivina Hurtado.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL
Centro de Investigaciones Judiciales

ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta

PEDRO PABLO TALAVERA ELGUERA
Miembro

YRMA FLOR ESTRELLA CAMA
Miembro

JOSE ANTONIO NEYRA FLORES
Miembro

VICTOR BURGOS MARIÑOS
Miembro

VICTOR PRADO SALDARRIAGA
Miembro

ALEJANDRO REYNOSO EDEN
Miembro