



**idehpucp**

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Boletín N° 25

Mayo de 2013

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



## PRESENTACIÓN

# El fortalecimiento de la unidad de inteligencia financiera y de la Contraloría General

Por **YVAN MONTOYA**  
*Coordinador del Proyecto  
 Anticorrupción del IDEHPUCP*

Tanto la Contraloría General de la República (en adelante Contraloría) como la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) son instituciones públicas que poseen un rol esencial en la prevención y control de la gran corrupción en el Perú.

La Contraloría, órgano constitucional autónomo, tiene especialmente, dentro de sus atribuciones, dos potestades o procedimientos que le otorgan la posibilidad de evidenciar indicios de corrupción de funcionarios. Nos referimos tanto a las acciones de control que la Contraloría realiza sobre entidades públicas diversas, y a partir de las cuales pueden detectar prácticas corruptas; como a las acciones de fiscaliza-

ción de Declaraciones Juradas que obligadamente la mayoría de funcionarios deben presentar al inicio, durante (cada año) y al finalizar el ejercicio del cargo. En éste último caso, la Contraloría especialmente esta en la posibilidad de detectar indicios de la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito.

La Unidad de Inteligencia Financiera, es un órgano especializado autónomo vinculado ahora a la Superintendencia de Banca y Seguros y tiene, además, como finalidad la recaudación de información relevante para detectar indicios de la comisión de un delito de lavado de activos. En otras palabras, tiene la finalidad de prevenir o detectar indicios de posibles delitos de blanqueo de capitales, muchos de los cuales tienen su origen en prácticas de corrupción con el patrimonio público del estado.



## CONTENIDO

### PRESENTACIÓN

El fortalecimiento de la unidad de inteligencia financiera y de la Contraloría General (pág. 1 – 2)

### COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Banco de Materiales – Lima Sur (pág. 3 – 8)

### COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Business Track (pág. 9 – 13)

### CONVERSATORIO

Visita de José María Asencio Mellado (pág. 14)

Pues bien, tanto la Contraloría (en mayo de 2008) como la UIF recientemente (en febrero de 2013) han presentado Proyectos de Ley ante el Congreso de la República para que se le ampliaran las potestades y pudieran solicitar y acceder directamente a información protegida por el secreto bancario y la reserva tributaria. Estas potestades son vitales para que estas instituciones del Estado puedan proseguir y culminar con éxito sus procedimientos de control y fiscalización y, de esa manera, puedan tener el efecto preventivo que realmente se espera.

Condenar al fracaso el acceso a este tipo de información y dejar que los informes que elaboran estas instituciones no puedan llegar a conclusiones más sólidas, restringe o disminuye sustancialmente la función esencial que cumplen estas instituciones en el contexto de nuestro estado democrático de derecho.

Se han invocado obstáculos constitucionales para la negativa a aprobar este tipo de proyectos de ley. Se ha mencionado, por ejemplo, que tanto el secreto bancario como la reserva tributaria son derechos constitucionales y sólo pueden tener acceso directo a este tipo de



información los jueces, el Fiscal de la Nación y el Congreso de la República a través de Comisiones de Investigación especialmente habilitadas para ello.

Pues bien, a este tipo de informaciones, especialmente el secreto bancario (por que a la reserva tributaria por obvias razones si tienen acceso), la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) sí tiene fácil acceso, a pesar de que no esta en la lista enunciada por la Constitución como órgano que puede solicitar y acceder directamente al secreto bancario y la reserva tributaria.

#### ¿Cómo hace entonces la SUNAT?

Esta institución (la SUNAT) goza de una alta eficiencia en el ámbito de fiscalización de potenciales deudores tributarios al Fisco por que, entre otros aspectos, tiene un acceso fácil a este tipo de información.

Efectivamente, el Código Tributario (art. 62.10) dispone la potestad de la SUNAT para solicitar al juez penal disponga el levantamiento del secreto bancario en los casos en que tenga fundadas sospechas de que un contribuyente ha ocultado manifestaciones de renta no declarada. Y esta práctica ha sido habitualmente concedida por los jueces.

La Contraloría General de la República tiene esta potestad habilitada en la Cuarta Disposición Final de la Ley 27785, la cual dispone que la Contraloría puede solicitar al Juez disponga el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria. Sin embargo, esta institución lamentablemente, no ha hecho ejercicio de esta potestad, especialmente en los casos de Fiscalización de Declaraciones Juradas que permitirían detectar posibles situaciones de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

En el caso de la UIF, esta institución pública no posee una potestad como la señalada a la SUNAT o a la Contraloría, pero nada impide que mediante alguna ley (y esta vez sin supuestos problemas de inconstitucionalidad) se le habilite la potestad de solicitar, fundadamente, al juez que autorice el levantamiento del secreto bancario o la reserva tributaria, más aun en los casos de sospechosos de actos de lavado de activos por parte de funcionarios públicos o de testafierro de éstos.

La solución para fortalecer las herramientas de fiscalización está, entonces, no solo en manos del Congreso de la República (esencial en el caso de la UIF), sino también en la actuación proactiva de los mencionados organismos encargados de la prevención de la corrupción y del lavado de activos.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

# Caso Banco de Materiales - Lima Sur

Analizaremos dos temas tratados por la sentencia: la interpretación del elemento típico “caso administrativo” y la relación concursal entre el tráfico de influencias y el cohecho pasivo

Por **JULIO RODRIGUEZ**  
*Proyecto Anticorrupción  
 del IDEHPUCP*



El 22 de marzo de 2013 el Segundo Juzgado Unipersonal del Distrito Judicial de Lima Sur emitió sentencia condenatoria en contra de William Luis Pabón Ruiz por la comisión de los delitos de tráfico de influencias y supresión, destrucción u ocultamiento de documentos públicos. Para entender los hechos relevantes en materia anticorrupción, es necesario conocer la función que desempeñan los diversos actores en el procedimiento de aprobación de crédito otorgado por el Banco de Materiales. En esta medida, de acuerdo a la información vertida en la sentencia en comentario, podemos resumir dicho procedimiento

de la siguiente forma:

1. El Asistente de Colocaciones de la Sucursal elabora la carpeta de crédito
2. El Asistente de Recuperaciones revisa nuevamente la documentación
3. El Jefe de Sucursal firma la documentación y la regresa al Asistente de Colocaciones
4. El Asistente de Colocaciones ingresa vía sistema toda la documentación y datos del cliente, y luego lo regresa al Jefe de Sucursal
5. El Jefe de Sucursal precalifica la carpeta y pide la autorización

de la línea de crédito; y lo envía a la Sede Central

6. La Gerencia de Colocaciones de la Sede Central lo precalifica la carpeta por segunda vez
7. La Gerencia General aprueba el crédito y se realiza la hipoteca del inmueble.
8. Luego que se culmine la obra (60 días) se pasa la carpeta de crédito al Asistente Administrativo para su custodia, mientras que los originales de los títulos valores son entregados al Jefe de Sucursal.

Visto este procedimiento, se debe tomar en cuenta que se le imputa a



William Luis Pabón Ruiz, Asistente Administrativo de la Sucursal del Banco de Materiales – Lima Sur y segundo en el orden de jerarquía de dicha institución, el haber mandado a llamar en diversas ocasiones, entre setiembre y octubre del 2013, a cuatro asistentes técnicos para ofrecerles agilizar, acelerar y viabilizar sus procesos administrativos de aprobación de créditos a cambio de un porcentaje del crédito aprobado. Cabe mencionar que los asistentes técnicos son arquitectos e ingenieros, que si bien están registrados en Banmat, no pertenecen a dicha institución, siendo su función estar encargados de brindar asesoría sobre los requisitos de la carpeta de crédito a los usuarios solicitantes. La intervención de estos asistentes técnicos es relevante en tanto que ellos representan a los usuarios que están solicitando el crédito, de forma que la agilización del proceso también es de su interés.

En el presente comentario jurisprudencial, analizaremos dos temas tratados por la sentencia: la interpretación del elemento típico “caso administrativo” contenido en el artículo 400° del Código Penal; y la relación concursal entre el tráfico de influencias y el cohecho pasivo. En adelante los extractos más relevantes de la sentencia.

#### - El elemento “caso administrativo” del delito de Tráfico de Influencias

*“(…)el tipo del artículo 400° del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública (...)”.*

*“En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo –caso administrativo, en el ámbito de la administración pública”*

#### - Concurso entre el Tráfico de Influencias y el cohecho pasivo

*“Que si bien el acusado WILLIAMS LUIS PABON RUIZ a la fecha de estos se desempeñaba como Asistente Administrativo de la Sucursal del Banco de Materiales –Lima Sur, está probado que veía la parte*

*administrativa de la sucursal, era como el Administrador de la Sucursal, así como también era responsable por la custodia de las carpetas de crédito y cuando el Jefe de Personal se ausentaba (...) al Asistente Administrativo de la Sucursal correspondía sustituirlo en sus funciones, entre ellas ya hemos dicho precalificar el crédito solicitado y pedir a la Sede Central la autorización de la línea de crédito (...)”*

*“(…) el acusado invocando influencias ofreció interceder ante la Sucursal del Banco de Materiales – Lima Sur, apreciándose que según el asistente técnico RAMIRO DIAZ MOSQUERA, ha precisado que en su ofrecimiento el acusado le indica a título grupal “nosotros hemos decidido” pareciéndole para el testigo referirse a la Oficina (...) su testimonio se ha visto corroborado con la visualización del DVD entregado en Audiencia (...) según la cual se ha registrado que en el local de la Sucursal del Banco de Materiales de Lima Sur, a donde había acudido el testigo RAMIRO DIAZ MOSQUERA, el acusado le ofrece “apoyarlo al 100% con sus créditos y tratar de minimizar el tiempo de aprobación, estamos tratando de que salga en 20 días (...)”*

#### Comentario Jurisprudencial

#### - El elemento “caso administrativo” del delito de Tráfico de Influencias

El delito de tráfico de influencias está tipificado en el artículo 400° de

nuestro Código Penal de la siguiente manera:

*Art. 400 Tráfico de Influencias*

*El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, éste conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.*

Como hemos dicho antes, este pequeño aparatado analizara el elemento “*caso administrativo*”. Sin embargo, para poder entender mejor este elemento, es necesario remitirnos al bien jurídico y al objeto del bien jurídico protegido. De acuerdo a nuestra opinión, el bien jurídico protegido es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública.

Ello debe ser entendido en dos perspectivas: por una lado, la administración pública no debe ser vista como una organización autónoma con derecho propios de autopersección, sino en tanto su rol funcional a un Estado Social y Democrático de Derechos, esto es, de facilitar y dar servicios públicos a los ciudadanos; de otro lado, a partir de lo antes dicho, podemos ver que este reconocimiento plasma la



intención de no olvidar al ciudadano, toda vez que se le coloca en un papel central a la hora de definir el bien jurídico (en tanto que lo que importan son los servicios públicos).

Hemos identificado ya el bien jurídico “sombrija” que comparte el delito de tráfico de influencias con los demás delitos de corrupción. Ahora bien, es necesario distinguir cuál es el objeto del bien jurídico (o bien jurídico específico) lesionado para el delito concreto<sup>1</sup>. Si bien existe un amplio sector de la doctrina nacional que defiende la idea

de que el bien jurídico protegido es el prestigio y el buen de nombre de la administración<sup>2</sup>, nos acogemos a otro sector de la doctrina que reconoce al principio de imparcialidad como objeto jurídico del delito de tráfico de influencias<sup>3</sup>.

Dicha postura nos parece la más acertada y garantista en tanto que lo contrario, considerar al “buen nombre y prestigio de la administración” como bien jurídico protegido, diluye la presencia de los ciudadanos en el Derecho penal y nos hace caer en una postura holista e irreal que considera a la Adminis-

<sup>1</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2003. p. 18.

En este sentido: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007. p. 783; SALINAS SICCHIA, Ramiro.

<sup>2</sup> *Delitos contra la Administración Pública*. 2da Edición. Lima: Grijley, 2011. p. 590; HURTADO POZO, José *Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias*. En: *Anuario de Derecho Penal 2005*. Lima: Fondo Editorial PUCO, 2006. pp. 287-288. HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. p. 211.

<sup>3</sup> En este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.* p. 525; SAN MARTIN CASTRO, Cesar, DINO CARLOS CARO CORIA y REAÑO PESCHIARA, José. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista, 2002. pp. 34-39; BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. *La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias*. En: *Actualidad Jurídica*, n° 127. Lima: Gaceta Jurídica, junio 2004. p. 91-94



tración Pública como una organización en abstracto.

Aquí resulta oportuno lo señalado por los profesores San Martín, Caro y Reaño al momento de decir que el buen nombre y la reputación de la Administración Pública es un interés espiritual que no es digno de tutela en el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>4</sup>, ello en tanto que libera al bien jurídico de su naturaleza como garantía que protege el principio de lesividad y ultima ratio del Derecho penal.

Una vez identificado el bien jurídico y su objeto, es necesario recordar

que dicho concepto sirve de orientación en la interpretación y aplicación de los tipo penales, en la medida que permite excluir de ellos las conductas que no afecten, o afecten sólo de forma insignificante, el bien jurídico señalado<sup>5</sup>. En este sentido, ¿cómo se debe entender “caso judicial o administrativa”? ¿Se debe restringir solo a las facultades jurisdiccionales en sentido amplio como señala alguna doctrina nacional<sup>6</sup>?

La sentencia en comentario responde de forma negativa, en tanto que entiende por caso administrativo a todo procedimiento de administrativo que sea conocido por un

funcionario público. En nuestra opinión, es acertada la decisión de incluir al procedimiento de aprobación de crédito de BANMAT en los casos administrativos.

Ello en tanto que el tráfico de influencias constituye un riesgo no permitido para la imparcialidad de la administración pública (y con ello el correcto y buen funcionamiento de la misma) debido a que el objeto central del intercambio es una posición de predominio o posición favorable en relación a centros decisión<sup>7</sup>. En otras palabras, el destino final de la influencia es una decisión administrativa que produce beneficio<sup>8</sup>, de forma que se pone en peligro la imparcialidad de la administración pública al momento de brindar su función prestacional a los ciudadanos.

En conclusión, se debe entender por caso administrativo a todo proceso en el que un funcionario público emite una decisión que, en desarrollo de la prestación de servicios de la administración pública, otorga un beneficio a un particular.

#### - Concurso entre el Tráfico de Influencias y el cohecho pasivo

Como se dijo líneas arriba, la sentencia en comentario condena al señor Pabón Ruiz por el delito de tráfico de influencias agravado. La conducta por la que se le condena es el haber ofrecido acelerar el proceso de aprobación de crédito del Banco de Materiales a cambio de un porcentaje de dicha operación financiera.

<sup>4</sup> SAN MARTÍN CASTRO y otros. Ídem. p. 33. En semejante sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 524-525.

<sup>5</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 20.

<sup>6</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 795.

<sup>7</sup> GARCÍA ARAN, Mercedes. Los Delitos de Tráfico de Influencias en el Código Penal de 1995. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (Director). Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal. Sevilla: Junta de Andalucía, 1997. p. 87.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

Ahora bien, del procedimiento descrito al inicio de este comentario se evidencia que la otorgación del crédito por parte de Banmat se produce en dos macroetapas, la primera en la sucursal y la segunda en la sede principal.

Sobre la segunda, es claro que si Pabón Ruiz ofreció que el procedimiento demore 20 días estaría invocando tener influencias en la sede principal, toda vez que dicha instancia es la encargada de dar la aprobación final. Es claro que aquí estaríamos frente a un delito de tráfico de influencias.

No obstante, el procedimiento que otorga el crédito del Banco de Materiales también depende de una primera parte del procedimiento que se desarrolla en la sucursal de dicha institución. En este sentido, no se puede dejar de lado que la propia sentencia en comentario admitiera que el condenado Pabón Ruiz era el segundo en jerarquía en la sucursal de Lima Sur y que en ocasiones remplazaba al Jefe de la Sucursal, lo que le permitía precificar la carpeta de crédito y pedir la autorización en línea. En otras palabras, el condenado Pabón Ruiz tenía bajo su dominio la aceleración de la primera fase del procedimiento de aprobación del crédito.

Si se toma en cuenta lo dicho en el párrafo anterior, es necesario preguntarnos ¿estamos frente a un delito de tráfico de influencias o

ante un cohecho pasivo consumado? Para responder a esta pregunta es útil develar la naturaleza político criminal del delito de tráfico de influencias. Así pues, el tráfico de influencia se construye como un escalón previo de los delitos de corrupción más tradicionales<sup>9</sup> que opera, a la vez, como un mecanismo para evitar lagunas de punibilidad<sup>10</sup>. En esta línea, se dice que el tráfico de influencias es un delito de refugio, en tanto que es posible acudir a él cuando no sea posible probar la concurrencia de los elementos típicos de los delitos de corrupción tradicionales<sup>11</sup>.

Si lo que se busca es cubrir lagunas de punibilidad dejadas por otros delitos, es claro que el tráfico de influencias abarca un conjunto de supuestos específico e independiente (espacio que justamente constituía una laguna de punibilidad).

En cuanto a su relación con el cohecho pasivo, si bien ambos delitos tienen como objeto del bien jurídico lesionado la imparcialidad de la función pública, el cohecho pasivo opera cuando el servidor público tiene el dominio funcional sobre los actos realizados (ya sea de acuerdo o en contra de sus deberes), mientras que el delito de tráfico de influencias sólo podrá activarse cuando el funcionario público no tiene este vínculo de dominio sobre los actos desplegados.

En el caso materia de análisis, es

claro que el condenado Pabón Ruiz no tenía dominio sobre los actos que permitirían agilizar el proceso en la Sede Central.

Sin embargo, ¿se puede afirmar lo mismo frente a la Sucursal de Lima Sur? Si se toma en cuenta que este funcionario público era el segundo en jerarquía en dicha institución, y que muchas veces ocupaba el puesto del Jefe de la Sucursal, es claro que los actos que permitirían agilizar el procedimiento de crédito (y que fueron ofertados a los asistentes técnicos) en la Sucursal están dentro de su dominio.

De esta manera, es coherente concluir, al menos frente a esta etapa del procedimiento, que estaríamos frente a un delito de cohecho pasivo y no a un tráfico de influencias.

En resumen, tenemos dos acciones: una ocurrida en la primera fase del procedimiento (que se realiza en la sucursal de Lima Sur) que calzaría dentro del delito de cohecho pasivo; y otra ocurrida con relación a las influencias del condenado en la Sede principal, hecho que calzaría en el delito de tráfico de influencias.

Lo dicho aquí nos permite esclarecer un concurso real<sup>12</sup> entre el cohecho pasivo y el tráfico de influencias, toda vez que estamos frente a dos acciones perfectamente separables que calzarían dentro de dos tipos penales distintos.

<sup>9</sup> MUÑOZ LORENTE, José. *Los delitos de tráfico de influencias*. En: *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N°4 marzo –agosto. p. 77. Disponible en: [economia.tirant.com/?p=1504](http://economia.tirant.com/?p=1504). Revisado el 10 de junio de 2013.

<sup>10</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.* p. 503.

<sup>11</sup> MUÑOZ LORENTE, José. *Ob. Cit.*

<sup>12</sup> GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias*. En: *Actualidad Jurídica*, N° 88. Lima: *Gaceta Jurídica*, marzo del 2001. p. 62.

## Caso Business Track

Por **DAVID TORRES PACHAS**  
Proyecto Anticorrupción

El presente comentario jurisprudencial trata sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00655-2010-PHC/TC a propósito del caso Business Track. En esta sentencia se discute la ilicitud de los audios que dicha empresa había obtenido mediante la interceptación telefónica efectuada contra Alberto Quimper Herrera. Cabe recordar que dichos audios revelaban una serie de conversaciones relacionadas con prácticas irregulares en torno a la concesión de lotes petroleros a favor de la empresa Discover Petroleum, lo cual es materia de otro proceso penal.

Ante el inicio de las investigaciones por la presunta comisión de delitos contra la Administración Pública, la defensa de Quimper presentó

un Hábeas Corpus con la finalidad de que se determine la nulidad del auto de apertura de instrucción, ya que las pruebas que fundamentan la acusación (los audios), tendrían un carácter ilícito. En ese sentido, la importancia de esta sentencia radica en el desarrollo de una serie de aspectos relevantes a propósito de la prueba ilícita.

Debemos advertir que se trata de una sentencia compleja, al punto que ha llevado a los propios magistrados a incurrir en ciertas confusiones que generan insuficiencias a lo largo de sus argumentos.

A continuación, señalaremos los extractos más resaltantes de la sentencia:

*“15. (...) una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal”.*

*“7. (...) la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona,*

o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”.

“13. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado”.

“14. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

“23. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías pre-

vistas en la ley”.

“19. Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

“20. Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es

imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional”.

“21. Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso Schenk vs. Suiza, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

## COMENTARIO

### Sobre el concepto, naturaleza jurídica y fundamento de la prueba ilícita:

Sobre el concepto de prueba ilícita, podemos afirmar que coincidimos con lo señalado por el Tribunal, en tanto que interpreta que se trata de aquella que se obtiene a partir de la vulneración de derechos fundamentales. Como puede apreciarse, el concepto adoptado por el Tribunal Constitucional deja de lado aquellos derechos de rango legal o infralegal, por lo que su vulneración no implicaría prueba prohibida o ilícita.

Según Manuel Miranda Estrampes, esta distinción entre prueba ilícita (o prohibida) y prueba irregular<sup>1</sup> es también afirmada en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional señala que la prueba ilícita es un derecho fundamental<sup>2</sup>, a diferencia de otras posturas que vinculan su naturaleza jurídica como un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba<sup>3</sup>, como una garantía objetiva del debido proceso, o como aquella que tiene un efecto disuasorio sobre los efectivos policiales. Sin embargo, al parecer, no se ha tomado reparo en las implicancias de dicha calificación, más aun cuando (como veremos más adelante) el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de estudiar el conjunto del proceso



para verificar la incidencia o no de la prueba ilícita en la sentencia, vinculándola así, con el debido proceso<sup>4</sup>.

Cuando el Tribunal Constitucional aborda el tema del fundamento jurídico sólo se limita a presentar las teorías más importantes sobre el tema, sin profundizar sobre las mismas ni adoptar una posición en particular. Así pues, presenta como fundamentos al debido proceso, la presunción de inocencia, la vida privada, entre otros. Esta imprecisión no se condice con la naturaleza jurídica que el Tribunal Constitucional atribuye a la prueba ilícita. Y ello en cuanto (como veremos más adelante), al señalar que se trata de un derecho fundamental que impide la admisión y valoración de una prueba obtenida mediante la violación de derechos fundamentales, sería coherente afirmar que su fun-

damento radica precisamente en la protección de estos últimos<sup>5</sup>.

Aun cuando puede entenderse que las interceptaciones telefónicas han vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, podemos observar que en la sentencia también se hace referencia en reiteradas oportunidades al derecho a la vida privada (intimidad), llegando incluso al extremo de confundirlos en determinados fragmentos de la sentencia. Así pues, se dice por ejemplo que *“las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional”*<sup>6</sup>.

Al respecto, resulta necesario recordar que el derecho a la intimidad

1 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Prueba en el proceso penal acusatorio*. Lima: Jurista Editores, 2012. P. 102.

2 Cabe preguntarse si el Tribunal Constitucional tiene la facultad de atribuir la calidad de derecho fundamental a la prueba ilícita, sobre todo tomando en cuenta que sólo mencionan algunos artículos que se refieren a la prohibición de su utilización o valoración en el proceso. ¿Ello determina que la prueba ilícita es un derecho fundamental? Queda por lo menos la duda de la necesidad o no de que exista un artículo expreso en la Constitución sobre el tema concreto. Al respecto el Tribunal Constitucional no ofrece mayores argumentos, ni hace referencia a la cláusula abierta que ofrece el artículo 3 de nuestra Constitución.

3 ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Lima: Grijley, 2008. P. 36.

4 Sobre todo cuando indica que de presentarse el caso se analizará *“fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso”*.

5 El derecho fundamental que se protegería con la prohibición de la prueba ilícita bien podría ser la intimidad o el secreto de las comunicaciones, por ejemplo.

6 Fundamento N° 20 de la sentencia.

“involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados”<sup>7</sup>.

En ese sentido, su afectación se presentará ante “intromisiones o divulgaciones ilegítimas respecto a hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida”<sup>8</sup>. Sin embargo, no podemos establecer que la información contenida en los audios tenga una naturaleza privada, ya que las conversaciones se refieren a presuntas irregularidades en la concesión de lotes petroleros, por lo que no tendría sentido mencionar una afectación de este derecho.

Por otro lado, consideramos que en realidad nos encontramos ante una clara vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones. Debemos mencionar al respecto que el secreto implica “que el contenido de las comunicaciones (...) de una persona solo



puede ser conocido por ella y aquellas o aquellas otras con las cuales deseó comunicarse”<sup>9</sup>, mientras que la inviolabilidad implica “que las comunicaciones no pueden ser interceptadas”.

Es decir, que se protege “el proceso mismo de la comunicación”<sup>10</sup>, más allá de su contenido. El problema será si, como en el presente caso, existe o no la posibilidad de revelarlo cuando se trate de un contenido con carácter público.

#### **Sobre los efectos de la prueba ilícita:**

En cuanto a los efectos de la prueba ilícita, debe observarse que el Tribunal Constitucional hace referencia no solo a la prohibición de su admisión, sino también a su inutilización y a la prohibición de valo-

ración en la etapa del juicio oral o juzgamiento<sup>11</sup>. Cabe cuestionarse al respecto lo que el Tribunal entiende por “inutilización”, sobre todo considerando que bien podría referirse a cualquiera de las mencionadas prohibiciones.

Una posible respuesta la obtenemos de Manuel Miranda Estrampes ya que este autor entiende (conforme a la doctrina italiana), que la inutilización de la prueba ilícita (*inutilizabilidad*) “despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su valoración o apreciación judicial”<sup>12</sup>. Sólo así podríamos comprender con mayor claridad los términos que utiliza el Tribunal Constitucional.

7 RUBIO CORREA, Marcial; EGUIGUREN PRAELI, Francisco; BERNALES, Enrique. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010. Pp.347-348.

8 *Ibid.* P. 348.

9 *Ibid.* P. 402.

10 *Ibid.* P. 402.

11 Esto a su vez se encontraría previsto en el artículo 159 del Nuevo Código Procesal Penal, en donde se indica que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. Asimismo se reafirma cuando señala en el fundamento 21 que “este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas”.

12 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”. Barcelona, 2004. Segunda Edición. P. 94-95.

En ese sentido, resulta muy interesante el debate planteado en la doctrina española sobre la posibilidad de admitir formalmente una prueba ilícita y que su inutilizabilidad se debata en la etapa de juzgamiento. Mientras algunos autores como Ascencio Mellado niega esta posibilidad dado que resulta contraproducente admitir su presencia en la fase final del proceso, ya que dicha prueba habría mantenido sus efectos en el transcurso del mismo, otros como Gimeno Sendra<sup>13</sup> aceptan aquella posibilidad. Sin embargo, no puede ocultarse que en este último caso existen altas probabilidades de que dicha prueba interfiera con el criterio posterior del juez<sup>14</sup>, impidiendo que valore apropiadamente el caso concreto.

En el caso particular, el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre los audios como prueba ilícita, en tanto que entiende que debe esperar la sentencia del juez penal, para luego verificar si se utilizaron o no como parte de su fundamentación. Esta respuesta, resulta discutible, ya que tomando en cuenta que recién se iniciaba el proceso, bien pudo plantearse la exclusión de la prueba ilícita desde dicho momento, salvo que se coincida con la posición del profesor Gimeno Sendra.

Otro aspecto importante de la prueba ilícita (que lamentablemente no fue abordado por el Tribunal Constitucional) es su eficacia refleja, de tal manera que, conforme a la teoría del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), se

entiende que toda prueba vinculada directamente con la ilícita, será excluida del proceso aunque hubiese sido obtenida lícitamente.

Para ello “*debe recurrirse a lo que en doctrina se señala como la supresión mental hipotética. Mentalmente se suprime el acto viciado y se examina si siempre se hubiera arribado al acto regular y por tanto, al conocimiento que dio origen al acto mediato (...) se trata de establecer o descartar una relación de causa-efecto*”<sup>15</sup>. Distinto será el caso en el que exista una prueba no mantenga un nexo causal con la prueba ilícita. Nos referimos en este caso a la presencia de una prueba independiente.

#### **Límites de la Prueba ilícita:**

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional tampoco ha desarrollado este punto, podemos preguntarnos cuál sería el alcance y límites de este nuevo derecho, considerando por supuesto que los derechos fundamentales no son absolutos y que aceptan cierto grado de afectación bajo el cumplimiento de determinadas y estrictas condiciones. Nos encontraríamos así, frente a la discusión sobre las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. ¿Cuáles serían los límites aceptados por el Tribunal Constitucional?

Para responder a esta pregunta, la doctrina plantea como excepciones a la exclusión de la prueba prohibida teorías como las de ponderación de intereses, buena fe, los cursos de

investigación hipotéticos, el descubrimiento inevitable, el nexo causal atenuado, entre otras. La elección de la teoría aplicable quedará en manos de la jurisprudencia, de tal manera que estas sean aplicadas conforme a sus características y exigencias a cada caso en particular.

No obstante lo anterior, puede detectarse una lógica ponderativa en la sentencia que comentamos a partir de ciertos indicios: (a) a lo largo de la sentencia se admite que los derechos no son absolutos y que admiten ciertas restricciones, (b) el Tribunal Constitucional admite dos situaciones en las que se permitiría la difusión de interceptaciones telefónicas realizadas por particulares: (i) cuando las conversaciones telefónicas constituyan información pública, y (ii) sin contener información pública, se cuente con la autorización de los intervinientes.

Finalmente, debemos mencionar que, si bien es cierto llegamos a la conclusión de que los audios interceptados constituyen prueba prohibida, y que por tanto deberían ser excluidos del proceso, queda planteada la posibilidad de establecer un marco de excepciones que habilite su valoración ya que se pondrían en juego el interés constitucional del Estado en la lucha anticorrupción<sup>16</sup>. Aquí la deficiencia de la presente sentencia, ya que el Tribunal Constitucional tenía en sus manos la magnífica oportunidad de zanjar este tipo de problemas a propósito del análisis de la prueba ilícita.

13 GIMENO SENDRA, Vicente. *La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Ascencio)*. En: *Diario La Ley*. Año XXXIV. N° 8021. Disponible en [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

14 MORA, Luis P. y GONZALEZ, Daniel. *La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Un Código tipo de Procedura Penale per l’América Latina”*. Roma, Italia, setiembre de 1991. P. 11.

15 *Ibid.* P.13.

16 El Tribunal Constitucional reconoció que la lucha contra la corrupción es un interés preponderante y constitucionalmente protegido (Exp. 019-2005-AI/TC – Caso Wolfenson), un mandato constitucional (Exp. 0006-2006-CC/TC – Caso Mincetur), un interés internacional (Exp. 1217-2008-PHC/TC – Caso Crouisillat) y, además, subrayó la prohibición de la corrupción como principio constitucional (Exp. 009-2007-PI/TC – Caso APCI).

## Visita de José María Asencio Mellado

El día jueves 23 de mayo del presente año, el Dr. José María Asencio Mellado, catedrático de la Universidad de Alicante de España, participó en un conversatorio organizado por la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), el mismo que tuvo como tema central a la prueba prohibida, a propósito del recurrente debate que existe en materia de delitos de corrupción de funcionarios.

En el conversatorio también participaron los Doctores Yván Montoya Vivanco, Eloy Espinoza-Saldaña, Enrique Palacios Pareja y Mario Rodríguez Hurtado. A lo largo de su ponencia, el Dr. Asencio Mellado desarrolló el tema de la prueba prohibida partiendo por su naturaleza, fundamento, los elementos que lo configuran y los efectos tanto directos como indirectos que producen este tipo de pruebas.

Calificándolo como uno de los conceptos más “oscuros” y “más confusos” que existen en el Derecho (dada la complejidad del tema para establecer su naturaleza, fundamento y régimen jurídico), señaló que podría establecerse un concepto general sobre la prueba prohibida, en tanto se trataría de aquella que se obtiene mediante la vulneración de derechos fundamentales.

Asimismo recordó que, ante la complejidad del asunto, resulta imprescindible recordar la finalidad del pro-



ceso, el cual es (según el procesalista español) la resolución de conflictos para alcanzar la verdad. Así pues, mencionó que dicha verdad no podría conseguirse a cualquier precio, por lo que los medios de prueba deben alcanzar estándares mínimos de fiabilidad, lo cual solo podría lograrse a partir del respeto de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, Asencio Mellado hizo hincapié en que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, por lo que se aceptaría su afectación siempre que se cumplan determinadas condiciones. Sobre el fundamento de la prueba ilícita, Asencio Mellado indicó que tanto en Perú como en

España, la prueba prohibida se fundamenta en los derechos fundamentales, por lo que no sería aceptable la importación de las excepciones americanas como bien podría ser el caso de las teorías del hallazgo inevitable o la buena fe.

Ante la pregunta sobre si la prueba prohibida tiene o no un fundamento constitucional, Asencio Mellado indicó que existen dos opiniones al respecto, ya que algunos autores señalan que se encuentra vinculada a la presunción de inocencia, mientras que otros optan por el vínculo que existiría con la garantía del debido proceso. No obstante, el jurista español señaló que en su opinión, el fundamento no radica ni en uno ni en otro concepto, sino en el propio derecho fundamental violado.

Asimismo, indicó como efecto directo la declaración de nulidad de la prueba prohibida, nulidad que no sería subsanable y que podría ser denunciada en cualquier momento del proceso. Esto a diferencia de lo que indica el profesor Gimeno Sendra quien establece que la nulidad de la prueba prohibida no podría plantearse en la etapa de instrucción<sup>1</sup>. Finalmente, sobre los efectos indirectos de la prueba prohibida, dijo estar a favor de la teoría del fruto del árbol envenenado, por lo que no solo la prueba directa sería nula, sino también todas aquellas que deriven de ella.

<sup>1</sup> Existe un intenso debate entre ambos autores en torno al tema, el mismo que puede apreciarse en los siguientes artículos:

- Prueba ilícita Asencio - <http://goo.gl/daS1T>

- Prueba ilícita Gimeno Sendra - <http://goo.gl/UT5ic>