

Sumilla: Presenta Informe Jurídico

SEÑOR PROCURADOR PÚBLICO DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Sección Estado de Derecho, Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos, considerando los problemas que plantea el Recurso de Nulidad N° 677-2016 para la lucha contra la corrupción, ha elaborado el siguiente informe jurídico¹ con la finalidad de ponerlo a su disposición.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mediante el Recurso de Nulidad N° 677-2016, la Corte Suprema de Justicia resolvió el caso conocido como “*Petroaudios*”. El caso hace referencia a la difusión de un conjunto de escuchas telefónicas en las que se registraron las conversaciones sostenidas entre un ex funcionario público de PeruPetro y un particular, que representaba los intereses de la empresa noruega Discover Petroleum. En las mencionadas conversaciones se discutía el favorecimiento a la empresa noruega mediante la concesión de lotes petroleros.

Los hechos narrados permitieron que se inicie una investigación contra los involucrados por diversos delitos contra la Administración pública, entre ellos, el delito de tráfico de influencias. En ese contexto, además, se discutió si podía considerarse a los audios obtenidos mediante escuchas telefónicas como medios de prueba en el proceso por corrupción.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a estos puntos en el Recurso de Nulidad N° 677-2016. Más allá de la resolución del caso particular, conviene analizar los

¹ El presente *Informe Jurídico* ha sido elaborado teniendo como base el documento preparado por los alumnos de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público- Sección Estado de Derecho, Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Angela Padilla Trinidad, Carlos Reyes Esteves, Diego Nieva Campaña, Juan José Chinchay Yacunta y Yushara Sacsá Tello.

lineamientos establecidos en esta sentencia, que pueden resumirse en los siguientes:

- Sobre el delito de tráfico de influencias: Las acciones realizadas por el particular que representaba a la empresa Discover Petroleum no fueron consideradas típicas del delito por cuanto se consideró que su labor de “intercesión”, se enmarcó dentro de la actividad de un gestor de intereses. Asimismo, se señaló que no podía imputarse el delito de tráfico de influencias a los investigados, por cuanto el proceso de selección número PERUPETRO-CONT-01-2008, no constituye un caso administrativo, contexto requerido para la configuración del delito.
- Sobre los medios de prueba obtenidos mediante escuchas telefónicas: se consideró que, al haber sido obtenidos por particulares con vulneración de los derechos fundamentales de los procesados (secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad), constituyen prueba prohibida y, en consecuencia, no pueden ser utilizados para confirmar la comisión de los delitos de corrupción imputados.

II. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

A) El límite entre el delito de Tráfico de influencias y la Gestión de intereses

El delito de tráfico de influencias se encuentra regulado en el artículo 400° del Código Penal de la siguiente manera:

“Artículo 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, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

La finalidad y el fundamento principal de la tipificación de este delito es evitar un sistema de administración pública paralela al regular o real, caracterizado

por los beneficios que pueden obtenerse a través de influencias de terceros o de los mismos funcionarios públicos de la administración, a cambio de algún tipo de promesa.

El elemento central del delito de tráfico de influencias radica en el acuerdo de intercesión que pacta el traficante de influencias con el interesado. Este acuerdo consiste en prometer interceder por el interesado ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo de aquel. Evidentemente, el tráfico se configura porque ese acuerdo de intercesión consiste en que el traficante ofrece interceder mediante las influencias que dice tener sobre el funcionario público.

Ciertamente, el traficante de influencias afirma tener la capacidad o posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado.²

A partir del elemento central del delito de tráfico de influencias (el acuerdo de intercesión) se ha identificado en algunas sentencias, como el Recurso de Nulidad N° 677-2016 que requiere especial atención distinguir esta figura delictiva de la permitida gestión de intereses.

En efecto, el ordenamiento jurídico peruano ha aprobado la Ley N° 28024 “Ley que regula la gestión de intereses en la Administración pública” y su Reglamento, Decreto Supremo N° 099-2003-PCM. Mediante esta regulación, se establecen los requisitos y formas a través de los cuales un particular puede gestionar los intereses de un tercero ante la administración pública a fin de orientar la decisión de esta última en el sentido deseado por aquel.

De acuerdo al artículo 3° de la Ley se entiende por gestión de intereses a:

“(...) la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas”.

Respecto a lo que se entiende por decisión pública, el artículo 4° de la Ley la entiende como el:

“(...) proceso mediante el cual la administración pública establece políticas o toma de decisiones de cualquier naturaleza que tengan una significación

² Ibid. Pp. 788-789.

económica, social o política de carácter individual o colectivo, o que afecten intereses en los diversos sectores de la sociedad”.

Como puede observarse, tanto en el tráfico de influencias como en la gestión de intereses el traficante o el gestor, según sea el caso, se compromete a interceder por el interesado frente a un funcionario público, en el marco de un proceso de toma de decisión.

No obstante, el acuerdo de intercesión es distinto en uno y otro caso. En el primero, se acuerda interceder en base a la capacidad de dirigir la decisión del funcionario público a partir de favores, de la amistad, de contactos en común, etc. En cambio, en la gestión de intereses, se acuerda una intercesión basada en cánones éticos. Por ello, de acuerdo a la Ley de Gestión de Intereses, el gestor debe observar las normas de ética en el desempeño de sus actividades, tales como:

- Proporcionar en todo momento información cierta y vigente al funcionario con capacidad de decisión pública, encontrándose además obligado a actualizar la información que hubiese brindado cuando éste así lo requiera, bajo responsabilidad; abstenerse de formular requerimientos que conlleven a que el funcionario con capacidad de decisión pública incumpla cualquiera de las obligaciones a su cargo;
- No prometer o realizar beneficios de cualquier tipo;
- Abstenerse de ejercer actos de gestión ante funcionarios con capacidad de decisión pública, respecto de los cuales se mantenga un vínculo de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

De hecho, el artículo 37° literal d) del Reglamento de la Ley de Gestión de Intereses exige que el gestor proceda de manera leal y diligente, observando las obligaciones que le resulten aplicables en atención al vínculo jurídico que tenga, sea su condición de autorizado o representante legal, en el caso de gestión de intereses propios y aquellas previstas en el contrato suscrito con el titular del interés, en el caso del gestor profesional.

Por estas razones, la regulación de la gestión de intereses tiene como fundamento dos principios esenciales: la transparencia y la legalidad. Por un lado, la transparencia que abre un amplio margen de fiscalización a través de los mecanismos correspondientes, facilitando un control más seguro de las actuaciones que se realizarán y, por otro lado, la legalidad porque le otorga un

escenario de compatibilidad con los principios jurídicos que rigen estos procesos públicos.³

Lo anterior, encuentra correlato en que la actuación de la Administración Pública (a través de los actos administrativos, normativos, de la administración, actos bilaterales, actuaciones de hecho o materiales, etc.) se desarrollen en virtud de sus potestades, competencias, prerrogativas y límites establecidos por el Ordenamiento Jurídico (principio de juridicidad) y se fundamenten en un objetivo de carácter general: el interés social.

A partir de lo anterior, el límite entre la actividad del gestor de intereses y del traficante de influencias está en la actividad legítima que desarrolla el primero y no el segundo. Es decir, si bien ambos tienen como objetivo interceder ante la Administración pública para proponer y obtener un beneficio particular, dicha actividad debe efectuarse de manera transparente, regular y debida, respetando las normas y principios de obligatorio cumplimiento tanto por parte de la Administración como de los administrados en el procedimiento previo a la decisión pública.

Ahora bien, como es sabido, los gestores de intereses pueden ser, en muchos casos, abogados. En ese contexto, el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad, no debiendo utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la misma⁴.

Efectivamente, el acto de intercesión que puede realizar un abogado:

“(…) debe encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y esta se conseguirá en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, mediante el uso o empleo de argumentos jurídicos sólidos y coherentes. Estos podrán ser fortalecidos en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Solo así estaríamos ante un verdadero comportamiento neutral, propio de la profesión de abogado y dentro de lo socialmente aceptado”⁵.

³ PÁUCAR CHAPPA Marcial. Los favores políticos y el lobby o gestión de intereses en el escenario de la corrupción política: aspectos penales, criminólogos y administrativos. Lima: ARA Editores, 2014. P. 79.

⁴ BOZA, Beatriz y DEL MASTRO, Fernando. *Valores en el perfil del abogado*. En Revista: IUS ET VERITAS No. 39, 2009. P. 12.

⁵ TORRES PACHAS, David, Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, e Yvana NOVOA CURICH. Comentario. Caso Aurelio Pastor. Disponible en: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/AURELIO-PASTOR.pdf>>. Consulta: 4 de diciembre de 2017.

Debe recordarse, por ello, lo estipulado en el artículo 63° del Código de Ética del Abogado, según el cual:

“el abogado no debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio”⁶.

B) Ámbito de comisión del delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se realiza, de acuerdo a su descripción típica, ante *un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.*

Sobre el alcance del elemento *caso judicial* se ha aseverado mayoritariamente que debe ser entendida como aquella sede en la cual se desempeñen facultades jurisdiccionales estrictas y amplias⁷, de ahí que, se incluye tanto los actos propios de la intervención en sede judicial como fiscal. Respecto al alcance del elemento *caso administrativo*, en cambio, han existido posiciones disímiles. Así, por ejemplo, para Ramiro Salinas, debe restringirse a casos en donde se administre justicia a nivel administrativo⁸; mientras que, por ejemplo, para James Reátegui, bajo dicho concepto se encuentran, además, *“procesos o procedimientos seguidos ante la Administración Pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de Control Interno, procesos del Derecho Administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc.”⁹.*

Una interpretación amplia del término “caso administrativo” ha sido acogida por el Juzgado Unipersonal del Distrito de Lima, a propósito del caso Banco de Materiales¹⁰. Según dicha sentencia:

⁶ Código de Ética del abogado. Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Disponible en: <http://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf>. Consulta: 4 de diciembre de 2017.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2007. P. 795. Así también, SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2011. Pp. 586-587; MONTOYA VIVANCO, Yvan. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima: IDEHPUCP, 2015. P. 145.

⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. P. 586.

⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la administración pública en el código penal. Lima: Jurista Editores, 2015. P. 767.

¹⁰ Sentencia del Segundo Juzgado Unipersonal de Lima recaída en el expediente N° 00466-2011-11-3001-JR- PE-01 del 22 de marzo de 2013.

“10.6. (...) el tipo del artículo 400° del Código Penal (...) está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de 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”.

En ese contexto, el Recurso de Nulidad N° 677-2016 se manifiesta sobre el alcance del elemento *caso administrativo* señalando que el proceso de selección para la licitación de lotes de hidrocarburos, no puede ser comprendido como tal. En ese sentido, la sentencia asevera que, *“(...) cuando la norma indica “caso administrativo”, se refiere a un procedimiento administrativo en la que ha de existir pronunciamiento respecto a la controversia alegada por un administrado o por una entidad estatal”*. En esa línea de interpretación, un proceso de selección no podría calificarse como un supuesto de “caso administrativo” (a efectos del delito de tráfico de influencias), pues su objeto es, en el caso particular, la contratación de empresas para la explotación de hidrocarburos. Siendo ello, así, se alejaría del concepto de caso administrativo, el mismo que estaría más vinculado a procedimientos administrativos sancionadores.

No obstante, conviene recordar que, conforme al artículo 29° del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), el procedimiento administrativo es:

“el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

En esa medida, no existe mayor inconveniente en señalar que en un procedimiento administrativo general, en tanto la decisión pública versa sobre intereses privados, sus titulares pueden recurrir a traficantes de influencias en búsqueda de resultados positivos. Por estas razones, restringir el contenido del elemento caso administrativo sólo cuando se está ante un procedimiento administrativo sancionador atenta contra el propio fundamento del delito, vale decir, evitar un sistema de administración pública paralela al regular o real.

A partir de este razonamiento, no existe óbice para señalar que en el procedimiento de contratación pública pueden cometerse actos propios de tráfico de influencias. En efecto, el Anexo de definiciones del Reglamento de la

Ley N° 30225, le define como el “procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra”.

Efectivamente, como cualquier procedimiento administrativo, el procedimiento de contratación pública, ya sea bajo el régimen de la Ley N° 30225 como de cualquier otro, “es el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración”¹¹, motivo por el cual, se representan intereses privados que pueden provocar el recurso a influencias ilícitas para obtener el resultado deseado por el interesado.

III. LOS AUDIOS OBTENIDOS MEDIANTE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA COMO MEDIOS DE PRUEBA

A) Excepciones a la exclusión de medios de prueba obtenidos con vulneración a derechos fundamentales

El derecho de no admisión ni valoración de medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales nace en la jurisprudencia del *common law*, como una medida de protección del imputado. Esta consideración se consagró en el caso *Janis v. United States*, en donde se señaló que el propósito de esta regla era evitar que conductas policiales encaminadas a obtener pruebas puedan ser llevadas a cabo de manera ilícita. Posteriormente, en el Caso *Week v. United States* la jurisprudencia norteamericana vinculó esta restricción al derecho a la no autoincriminación de los involucrados.

No obstante, el criterio descrito no ha sido utilizado siempre y en todas las circunstancias. Ciertamente, en el caso *Silverthorn Lumber Co v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que la aplicación estricta de la regla de exclusión perjudicaría gravemente al gobierno, en tanto los medios probatorios encontrados pudieron ser obtenidos incluso, si no hubiera tenido lugar una mala conducta por parte de la policía.

De esta forma, se reconoció una primera excepción a la exclusión de medios de prueba obtenidos mediante vulneración de derechos fundamentales: la fuente independiente. De acuerdo a esta excepción, los medios probatorios obtenidos a

¹¹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Tomo II. P. 451.

través de la violación a un derecho fundamental pueden ser incorporados a la investigación penal, cuando se pueda llegar a ellos de manera lícita¹².

Por otro lado, también se constituye en excepción a la regla bajo comento, la teoría del descubrimiento inevitable. Según esta, una prueba ilícitamente obtenida puede ser valorada por la autoridad judicial siempre que, de las diligencias de la investigación de un hecho, se pueda concluir razonablemente que, aun cuando no se hubiera contado con la prueba ilícitamente obtenida, se habría obtenido la misma a través de medios legítimos¹³.

En el caso *Nardone v. United States*, por su parte, se estableció que un medio probatorio obtenido con posterioridad y de manera lícita a un medio probatorio anterior al que se accedió a través de la violación de derechos fundamentales, puede verse legitimado al encontrarse desvinculado del medio probatorio ilegítimo, ya sea por el tiempo que media entre la obtención de uno y otro o debido a la fuente de la que provienen. De esta forma, surgió una nueva excepción a la regla de exclusión: la teoría de la conexión atenuada o tinta indeleble¹⁴.

En línea similar, el caso *León v. United States* desarrolla la teoría de la buena fe, la cual encuentra su base en la protección de los actos realizados debido a error o ignorancia de quien recaba el medio probatorio¹⁵, supuesto en el cual, aquel podrá ser incorporado al proceso penal.

Entre las excepciones enunciadas, queda por referirse a la doctrina de la ponderación de intereses o *balancing test* que se desarrollará en el siguiente punto.

B) La posición del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial peruano en torno a la aceptación de medios de prueba obtenidos mediante vulneración de derechos fundamentales: *el balancing test*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la aceptación de medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales en diversas sentencias, tales como, Expediente N° 2053-2003-HC/TC, Expediente N° 06712-

¹² CÁCERES JULCA, Roberto. Comentarios al título preliminar del Código Procesal Penal. Lima: Grijley, 2009. P. 433.

¹³ CÁCERES JULCA, Roberto. Comentarios al título preliminar del Código Procesal Penal. Lima: Grijley, 2009. P. 434.

¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: José María Bosch Editor S. A., 1999. PP. 17-22.

¹⁵ ARBULÚ MARTINEZ, Victor, "La prueba en el nuevo proceso penal", en: *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica: Lima, 2012. P.116.

2005-PHC/TC, Expediente N° 02333-2004-HC/TC, Expediente N° 1915-2005-PHC/TC, Expediente N° 00010-2002-AI/TC, Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, Expediente N° 03524 2013-PHC/TC, Expediente N° 01601-2013-PHC/TC, Expediente N° 02416-2012-PHC/TC, entre otras.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha identificado dos posiciones predominantes a nivel comparado respecto a la naturaleza de la prueba prohibida como institución jurídica. De un lado, existe una posición que considera que la prueba prohibida constituye una garantía objetiva del debido proceso, la cual debe aplicarse de manera absoluta¹⁶; y de otro lado, la que reconoce que la prueba prohibida constituye un derecho fundamental, el cual, pese a no encontrarse reconocido de manera expresa en la Constitución, sí se fundamenta en el derecho a la prueba.

La consecuencia de que la prueba prohibida sea un derecho fundamental, tal como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, implica que el mismo pueda ser objeto de limitación¹⁷. Lo señalado se fundamenta en el desarrollo actual de la jurisprudencia relativa a la prueba prohibida a nivel comparado y que, tal como fue señalado con anterioridad, se decanta por reconocer que el derecho a la prueba prohibida debe ser sujeto de una evaluación que pondere los intereses en conflicto para tomar una decisión correcta respecto a su inclusión o exclusión.

De ese modo, tal como informa Enrique Vescovi¹⁸, en Estados Unidos se ha reconocido la posibilidad de admitir la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales en el caso *McLekskey S.C. Walter Zant*. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reconocido en el caso *Schenk contra Suiza* que “el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del señor Schenk al secreto de una conversación

¹⁶ El Tribunal ha señalado que la primera postura (la prueba prohibida como garantía objetiva del debido proceso) supone, a juicio del Tribunal, que conforma una característica de observancia obligatoria en el proceso, especialmente en uno de carácter penal, para que la decisión adoptada resulte válida. No sería por tanto un derecho subjetivo exigible como tal, sino un elemento de observancia obligatoria por parte de los órganos jurisdiccionales que no admite ninguna excepción en su cumplimiento ni, mucho menos, alguna graduación en el nivel de satisfacción que debe observarse.

¹⁷ “Audios interceptados no siempre son prueba prohibida”. Disponible en: < <http://laley.pe/not/550/-audios-interceptados-no-siempre-son-prueba-prohibida>>. Consulta: 15 de noviembre de 2017.

¹⁸ Citado En: PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas Ilícitas”. En: *Ius et Veritas*, Año VIII, Nro. 14, Lima, 1997, p. 37.

telefónica”¹⁹. Esta tendencia, también ha sido reconocida desde hace algún tiempo en Alemania²⁰.

En atención a lo señalado, en el análisis de cada caso corresponde determinar si el derecho a la prueba prohibida puede ser restringido, y, por tanto, si es posible admitir determinados medios probatorios obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. Para ello, será necesario practicar el test de ponderación o *balancing test* tomando en consideración los distintos intereses en conflicto: de un lado, el derecho a la prueba prohibida, y de otro, el derecho, bien o principio constitucionalmente protegido que legitimaría la restricción de la prueba prohibida.

La posición reconocida por el Tribunal Constitucional no ha sido ajena a la jurisprudencia de los jueces especializados en lo penal. De hecho, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal llevado a cabo en el 2004²¹, se determinó, por mayoría, que las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución –sean éstas directas o indirectas-, no debían ser reguladas por el legislador, sino que debían ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza de mejor manera, el respeto al debido proceso.

En esa línea, se admitió la doctrina de la ponderación de intereses, señalando lo siguiente²²:

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

¹⁹ Citado En: PARRA QUIJANO, Jairo. “Pruebas Ilícitas”. En: *Ius et Veritas*, Año VIII, Nro. 14, Lima, 1997, p. 37.

²⁰ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nro. 1, Lima, 2000, p. 288.

²¹ Disponible en: <<https://goo.gl/CaYfa1>>. Consulta: 14 de diciembre de 2017.

²² Ibid. P. 13.

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 sí 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”.

C) Aplicación del *balancing test* en casos de corrupción

El Tribunal Constitucional ha reconocido la lucha contra la corrupción como un valor o interés constitucionalmente protegido en las siguientes sentencias:

- Caso Wolfenson, Expediente N° 00019-2005-AI/TC
- Caso Mincetur vs. Poder Judicial, Expediente N° 0006-2006-CC/TC
- Caso de la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), Expedientes Acumulados N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC.
- Caso Crousillat, Expediente N° 1271-2008-PHC/TC.
- Caso de la entrega de declaraciones juradas por parte del MTC, Expediente N° 04407-2007-PHD/TC.
- Caso de la inconstitucionalidad de la Ley N° 29703, Expediente N° 0017-2011-PI/TC.
- Caso Agendas de Nadine Heredia, Expediente N° 05811-2015-HC/TC.

En estos casos, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que la lucha contra la corrupción tiene un fundamento convencional a partir de las obligaciones internacionales del Estado peruano para investigar, perseguir y sancionar actos de corrupción. En ese contexto, ha enfatizado:

“En el Preámbulo de la Convención se establece que «[...] la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente». Asimismo, se señala que la corrupción «[...] socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos». En ambos fundamentos puede apreciarse que la corrupción viene siendo considerada un acto contrario a los intereses de la comunidad internacional.” (Expediente 1217-2008-PHC/TC - Caso Crousillat)

Asimismo, ha señalado que:

“La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97 y 98 de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139 de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200 de la Constitución), el control administrativo, entre otros. El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción –tanto aquellas vinculadas al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil– obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, a tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentado contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país”. (Expediente 009-2007-PI/TC - Caso APCI)

Del mismo modo, cabe mencionar el fundamento del voto emitido por el magistrado Espinosa-Saldaña en el Expediente N° 05811-2015-PHC/TC, según el cual: “(...) a partir de la Constitución y de diversas convenciones internacionales, existen mandatos claros que vinculan al Estado en su conjunto, y sin duda también al Tribunal Constitucional, a luchar enfática y decididamente contra la corrupción, contra el crimen organizado y, en este contexto, también contra el lavado de activos”.

En consecuencia, la lucha contra la corrupción se configura como un bien constitucionalmente protegido y supone un límite extrínseco de los derechos fundamentales y de otros bienes jurídicamente protegidos. Es por lo señalado que, ante un eventual conflicto entre el bien constitucionalmente protegido lucha contra la corrupción y el derecho a la prueba prohibida, deberá atenderse a la teoría de la ponderación de intereses.

En efecto, si en el marco de una investigación o proceso penal seguido por un delito de corrupción, se han obtenido medios de prueba mediante la vulneración de derechos fundamentales, su admisión o no, dependerá de la ponderación que realice el juzgador en el caso concreto. La importancia que reviste la lucha contra la corrupción para un estado democrático obliga a que el

juez evalúe la incorporación de medios de prueba que permitan sancionarla eficazmente.

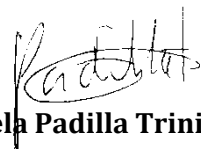
Por ello, no puede asumirse como regla en todos los casos, la exclusión de la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales. Recuérdesse que la corrupción limita considerablemente el ejercicio de diversos derechos de la ciudadanía, motivo por el cual, su persecución es de especial interés para el Estado.



Ingrid Díaz Castillo
DNI N° 41824362



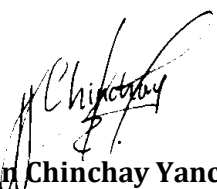
David Torres Pachas
DNI N° 70799506



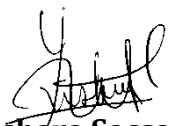
Angela Padilla Trinidad
DNI N° 48451045



Diego Nieva Campaña
DNI N° 46820917



Juan Chinchay Yancunta
DNI N° 47072371



Yushara Sacsa Tello
DNI N° 72537624