



## COMENTARIO

# La interceptación de las comunicaciones y su vinculación frente a los actos de corrupción

Eliu Arismendiz Amaya\*

*Fiscalía Provincial Penal del Distrito Fiscal de Lambayeque*

## SUMARIO

1. Introducción.— 2. Base teórica.— 2.1. La interceptación de las comunicaciones en el proceso penal.— 2.2. Corrupción funcional.— 3. De la prueba prohibida.— 3.1. Antecedentes.— 3.2. De las reglas de exclusión de la prueba prohibida.— 4. Toma de postura.— 5. Conclusiones.— 6. Referencias bibliográficas.

## RESUMEN

El autor acude a las diversas tesis de exclusión de la prueba prohibida, esto es, ponderación de intereses, carácter indiciario de la prueba ilícita, causa probable, nexo causal atenuado y la fuente independiente. Esto por cuanto resultan idóneas para ser aplicables en los diversos casos de prueba prohibida, a propósito de los recientes audios con presunto contenido penal, los cuales involucrarían a magistrados, empresarios y ciudadanos de a pie.

**Palabras clave:** Interceptación de comunicaciones/ Prueba prohibida/ Corrupción/ Ponderación de intereses/ Exclusión de la prueba prohibida.

Recibido: 04-05-18

Aprobado: 06-05-18

Publicado en línea: 03-09-18

## ABSTRACT

*The author goes to the different theses of exclusion of the prohibited test, that is, weighting of interests, circumstantial character of the illicit evidence, probable cause, attenuated causal link and the independent source. This inasmuch as they are suitable to be applicable in the various cases of prohibited evidence, in connection with recent audios with alleged criminal content, which would involve magistrates, businessmen and ordinary citizens.*

**Keywords:** *Interception of communications / Prohibited evidence / Corruption / Weighting of interests / Exclusion of prohibited evidence.*

**Title:** *The interception of communications and their connection with acts of corruption*

\* Fiscal adjunto provincial penal del distrito fiscal de Lambayeque.

## 1. Introducción

El presente trabajo presenta un análisis somero respecto a la interceptación de las comunicaciones, en mérito a la situación nacional que se viene dando con la publicación de diversos audios en los cuales se vinculan a diversos magistrados, empresarios y personas de a pie, dentro de un presunto contexto delictual de corrupción funcional. En ese sentido, se analiza los principios de proporcionalidad y racionalidad como mecanismos obligatorios para fundamentar una medida limitativa de derechos, asimismo, se examina el contenido de la prueba prohibida y, de manera puntual, las diversas tesis de exclusión de la misma, la cual deviene en necesaria para solucionar temas concretos, todo ello, con la finalidad de evitar lagunas de impunidad ante situaciones formalistas, y, por otro lado, robustecer la correcta administración de justicia.

## 2. Base teórica

### 2.1. La interceptación de las comunicaciones en el proceso penal

En la legislación nacional, la figura de interceptación telefónica mantiene una escasa regulación, así tenemos el art. 2 de la Ley N.º 27379<sup>1</sup>, la misma que fue derogada por la Ley N.º 27697<sup>2</sup>, siendo

esta última dejada sin efecto mediante el D. Leg. N.º 957<sup>3</sup>, encontrándose vigente actualmente los arts. 230 y 231 del nuevo CPP, dispositivos legales que sufrieron modificación según la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30077, publicada el 20 de agosto del 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio del 2014. En ese contexto, la interceptación telefónica opera como un mecanismo o herramienta en el procedimiento de búsqueda de pruebas, generando restricción de derechos, todo ello dentro de una investigación fiscal legítimamente instituida dentro de un modelo constitucional de derecho.

En ese sentido, el secreto de las comunicaciones es un derecho de naturaleza constitucional, así tenemos, el art. 2.10 de la Const. Pol., en donde se reconoce este derecho en los términos siguientes:

Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con

*ción y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional*, Lima: 12 de abril del 2002.

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 27379: Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares*, Lima: 21 de diciembre del 2000.

2 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 27697: Ley que otorga facultad al fiscal para la interven-*

3 *Vid. PODER EJECUTIVO, D. Leg. N.º 957: Decreto legislativo que promulga [el] CPP*, Lima: 29 de julio del 2004, mediante el cual se habilita el CPP, dispositivo legal que viene tomando vigencia progresivamente en diferentes distritos judiciales del Perú.

las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley.

### 2.1.1. *Presupuestos para una interceptación de las comunicaciones*

La interceptación telefónica, según nuestro punto de vista, para su habilitación y aplicación en un proceso penal exige dos clases de presupuestos: *formales* y *materiales*. Los primeros aparecen determinados por la literalidad de la norma procesal o especial, empero, los presupuestos materiales advierten un contenido constitucional, por cuanto derivan de derechos fundamentales.

#### 2.1.1.1. *De los presupuestos formales en la interceptación de las comunicaciones*

La norma procesal y las leyes especiales habilitan los presupuestos formales, los mismos que deberán ser tenidos en cuenta de manera escrupulosa. Los cuales veremos a continuación.

- a) La existencia de una investigación penal con suficientes elementos de convicción respecto a delitos cuya pena privativa de libertad supere los cuatro años

El art. 230.1<sup>4</sup> del nuevo CPP exige la existencia del curso de una

investigación penal, en la cual, el representante del Ministerio Público deberá tener suficientes elementos de convicción. Por lo tanto, para habilitar el pedido, la suficiencia de dichos elementos de convicción, por la misma gravedad de la medida, exige cierto nivel de presión en la investigación fiscal, es decir, un juicio de subsunción, el grado de intervención delictual y la delimitación de los cargos penales, situación que será perfectamente posible tanto a nivel de sospecha inicial simple (investigación preliminar) y sospecha reveladora<sup>5</sup> (investigación preparatoria), por tal razón, se necesitará que la representación fiscal, deberá tener, según su teoría del caso, la *necesidad absoluta* de recurrir a dicha medida, por cuanto, solo mediante dicho requerimiento podrá esclarecer los hechos investigados; dicho escenario permitirá identificar el nivel penológico, según la escala de pena

o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.

1. El fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del art. 226.

5 *Vid.* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (ponente: VÍCTOR PRADO SILDARRIAGA y José A. NEYRA FLORES), *Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017, f. j. n.° 23.

4 Art. 230 del CPP. Intervención o grabación

conminada, superando los cuatro (4) años de pena privativa de libertad.

- b) La orden judicial estará dirigida contra el investigado o personas que reciban o tramitan por cuenta del investigado las comunicaciones

El art. 230.2<sup>6</sup> del nuevo CPP indica que el mandato judicial tiene que dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación. El supuesto aludido nos advierte un grado de precisión en el emplazamiento, por lo tanto, la representación fiscal deberá señalar la identidad completa del procesado a efecto de evitar errores y afectación indebida de derechos fundamentales.

- c) Las generales de ley del afectado

El art. 230.3<sup>7</sup> del nuevo CPP señala que el requerimiento del fiscal y, en

6 Art. 230 del CPP. Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.

[...]

2. La orden judicial puede dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.

7 Art. 230 del CPP. Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.

[...]

3. El requerimiento del fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá

su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro.

#### 2.1.1.2. De los presupuestos materiales en la interceptación de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones aparece habilitada en la medida que existan criterios materiales principistas propios de un régimen constitucional, dichos criterios validan y justifican la interceptación mencionada, estos criterios son la *razonabilidad* y *proporcionalidad* que deberán ser consideradas en las resoluciones jurisdiccionales y requerimientos fiscales respectivos.

- a) Razonabilidad

Aparece determinada por una relación lógica – axiológica, la misma

indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro [...].

que deberá ser medida cualitativa y cuantitativamente, es decir, conforme indica BARAK, “en la médula de la razonabilidad se encuentra la noción de ponderación”<sup>8</sup>; en ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel. En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de este en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc. La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en

idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias<sup>9</sup>.

### ¿SABÍA USTED QUE?

La interceptación telefónica, según nuestro punto de vista, para su habilitación y aplicación en un proceso penal exige dos clases de presupuestos: *formales* y *materiales*. Los primeros aparecen determinados por la literalidad de la norma procesal o especial, empero, los presupuestos materiales advierten un contenido constitucional, por cuanto derivan de derechos fundamentales.

#### b) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad consiste en lo siguiente:

[C]onsiste en un proceso de comparación entre dos o más intereses en conflicto en un caso concreto. El conflicto se actualiza cuando existe una injerencia o restricción de un interés individual con la finalidad de proteger un interés colectivo. Con la aplicación del principio de proporcionalidad, se podría evaluar si una injerencia en los derechos fundamentales resulta equilibrada en relación a la necesidad social protegida<sup>10</sup>.

De la misma forma, dicho principio mantiene tres subcomponentes o

8 BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima: Palestra, 2017, p. 411.

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N.º 90-2004-AA/TC*, Arequipa: 5 de julio del 2004, f. j. n.º 35.

10 CENTRO DE ÉTICA JUDICIAL, *La aplicación del principio de proporcionalidad del Tribunal europeo de derechos humano*, Ciudad de México: marzo del 2017, p. 1. Recuperado de: <<https://bit.ly/2vNZ0WD>>.

subprincipios que son los siguientes: *principio de idoneidad*<sup>11</sup>, *principio de necesidad*<sup>12</sup> y *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*<sup>13</sup>. Dichos principios deberán ser aplicados, según el caso concreto, con la finalidad de restringir o limitar el derecho a las comunicaciones.

- 11 La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin. Véase STC N.º 45-2004-AI. Vid. LEÓN FLORIÁN, Felipe J, *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia en el TC*. Recuperado de <<https://bit.ly/2MV65uL>>.
- 12 Busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Véase STC N.º 45-2004-AI. Vid. LEÓN FLORIÁN, Felipe J, *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia en el TC*. Recuperado de <<https://bit.ly/2MV65uL>>.
- 13 Consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación —o no realización— de un principio y la satisfacción —o realización— del otro. Véase STC N.º 45-2004-AI. Vid. FLORIÁN, Felipe J, *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia en el TC*. Recuperado de <<https://bit.ly/2MV65uL>>.

### 2.1.1.3. Del procedimiento de interceptación de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones mantiene un procedimiento, el mismo que ha sido determinado por ciertos instrumentos desarrollados por las autoridades respectivas, así tenemos la Resolución Administrativa N.º 134-2014-CE-PJ, de fecha 23 de abril del 2014, modificada y actualizada por la Resolución Administrativa N.º 387-2014-CE-PJ, de fecha 19 de noviembre del 2014, ambas emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En ese sentido, se fijaron determinados pasos, así tenemos, el primer paso, vinculado a la emisión del informe policial; el segundo paso, la solicitud o requerimiento fiscal; el tercer paso, la resolución judicial (control jurisdiccional); el cuarto paso, la notificación de la resolución y el quinto paso, la ejecución de la medida.

## 2.2. Corrupción funcional

El termino corrupción, conforme venimos indicando en otras publicaciones<sup>14</sup>, resulta ser difuso; asimismo, es complicada la identificación de su procedencia y definición, por un lado, se viene indicando que tendría una procedencia desde las canteras de la sociología y de la ciencia política<sup>15</sup>; de la misma forma, la

14 ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustantivas y procesales*, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 569 y ss.

15 Cfr. CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, p

Real Academia Española, respecto al término ‘corrupción’, indica que proviene del latín *corruptō, -ōnis*, en ese sentido su significado consistiría en “acción y efecto de corromper o corromperse. [...] En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”<sup>16</sup>. De manera complementaria, BOTTKE indica que “la corrupción constituiría materialmente un actuar colusivo de portadores de un poder especial para obtener ventajas especiales para ambas partes, conducta que atenta contra los presupuestos de una óptima prestación de servicios a la sociedad por subsistemas obligadas a ello”<sup>17</sup>.

Por otro lado, la Convención Interamericana Contra la Corrupción suscrita en Caracas (Venezuela), con fecha 29 de marzo de 1996, la misma que fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 26757, de fecha 5 de marzo de 1997, dispositivo legal que fue confirmado según D. Leg. N.º 12-97-RE, de fecha 21 de marzo de 1997, en el art. VI, presenta una defini-

ción de actos de corrupción, indicando que:

Art. VI. Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente art.; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

De manera complementaria, ABANTO VÁSQUEZ, respecto al término “corrupción de funcionarios públicos”, indica lo siguiente:

En el CP peruano, bajo la denominación “corrupción de funcionarios públicos” se

31 y ss., citado por José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Eguzkilo*, n.º 17, San Sebastián: diciembre del 2003, p. 7. Recuperado de <<https://bit.ly/2MSvvtf>>.

16 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Recuperado de <<https://bit.ly/2Brf9Sh>>.

17 BOTTKE, 1998, p. 215, en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 2014, p. 714.

entendiendo tanto al cohecho (arts. 393 a 396, 398 a 399) como también a las “negociaciones incompatibles con el cargo” (art. 397), el “tráfico de influencias” (art. 400) y el “enriquecimiento ilícito” (art. 401). El término “corrupción”, por sí mismo, insinúa, por lo visto un fenómeno que va más allá del mero “cohecho” (la compraventa ilícita entre un funcionario público y un particular). A esto se añade que también se hable de “corrupción privada”, o sea de aquel en el cual ninguna de las partes reúne la cualidad de “funcionario público”<sup>18</sup>.

Ante lo afirmado, en el Perú no existe figura delictual respecto a corrupción entre particulares, situación que *de lege ferenda* surge una necesidad su admisibilidad.

### 3. De la prueba prohibida

#### 3.1. Antecedentes

Respecto a la prueba prohibida, según SÁNCHEZ VELARDE, es aquella obtenida con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente, por lo cual carece de efecto legal<sup>19</sup>. A pesar de ello, el citado autor refiere que:

[C]uando existe alguna vulneración a una norma de carácter constitucional, en la obtención de la fuente de prueba, tiene como efecto general, la prohibición de su valoración, mientras que [...] cuando se produce una violación a una norma de carácter procesal en la incorporación de determinado medio probatorio, esta prueba

puede ser valorada, siempre y cuando el defecto sea subsanado, de lo contrario, tendrá el mismo efecto que en el primer caso<sup>20</sup>.

#### ¿SABÍA USTED QUE?

El principio [de proporcionalidad] mantiene tres subcomponentes o subprincipios que son los siguientes: *principio de idoneidad, principio de necesidad y sub principio de proporcionalidad en sentido estricto*. Dichos principios deberán ser aplicados según el caso concreto.

El término de prohibición probatoria fue acuñado por BELING en su obra *Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal*<sup>21</sup>, asimismo, el término es muy variado, pues para algunos asumen el título de prueba ilegal, prohibida, y otros el término de prueba irregular, ilegítima, etc., sin embargo, cualquiera sea la terminología que se asuma se tiene que la prueba prohibida es entendida como aquella actuación que infringe derechos fundamentales en las cuales incluye las obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita.

La categoría procesal conocida como prueba prohibida y/o prueba ilícita —según la postura que se asuma— se encuentra regulada expresamente en el

18 *Loc. cit.*

19 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: IDEMSA, 2009, p. 238.

20 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., pp. 238 y 239.

21 AMBOS, Kai, citado por Manuel MIRANDA ESTAMPES, *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adoptadas al CPP peruano 2014*, Lima: Jurista Editores, 2012, p. 65.

art. 24.2.h de la Carta Magna del año 1993, cuando señala que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia —moral, psíquica o física—, y que quien las emplea incurre en responsabilidad, asimismo el art. 2.10 de la Ley Fundamental la regula al prescribir que los documentos privados obtenidos con violación del precepto constitucional primer párrafo de la citada disposición constitucional— no tienen efecto legal. De la misma forma, el CPP señala una serie de prohibiciones respecto a la actividad probatoria, pues tenemos art. 155.2<sup>22</sup>, este articulado comprende los casos de prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y prohibición de métodos probatorios. De la misma forma, tenemos el art. 165.2.a.<sup>23</sup>, esto ha sido regulado

en la medida que los hechos que guarda por razón del secreto profesional un ministro de culto religioso no pueden ser tema de prueba en un proceso penal, aun cuando dicho ministro sea liberado por el interesado del deber de guardar el secreto. Por otro lado, tenemos la prohibición de medios probatorios, determinados medios de prueba que no pueden ser objeto de actividad probatoria en un caso concreto. Así, el art. 182.3 estatuye que no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad. De acuerdo con las prohibiciones de métodos probatorios, determinados métodos de prueba no pueden ser empleados. Específicamente el art. 157.3 prescribe que no pueden ser utilizados —aun con el consentimiento del interesado— métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos, ejemplo de ello la prueba del polígrafo. Nuestra Corte Suprema tiene varios pronunciamientos al respecto, por ejemplo, el R. N. N.° 3182-2012 Callao, R. N. N.° 1589-2013 (caso *Los Lituanos*), de la forma el Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 655-2010-PHC/TC (caso *Quimper Herrera*) asume postura sobre el tema.

22 Art. 155 Actividad probatoria.

[...]

2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

23 Art. 165 Abstención para rendir testimonio.

[...]

2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la ley deban guardar secreto profesional o de Estado: a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal

sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

Los efectos de la prueba prohibida traen consigo la exclusión del medio de prueba del proceso penal, puesto que la lesión al derecho fundamental deviene en irremediable, en ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional se viene pronunciando en los Exps. N.º 2053-2003-HC/TC (caso *Edmi Lastra Quiñones*) y N.º 1058-2004-AA/TC (caso *Serpost*). Adicionalmente, para lograr excluir un medio de prueba obtenido mediante mecanismos irregulares se encuentra como herramienta de defensa la tutela de derechos, conforme el f. j. n.º 17 del Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116.

### 3.2. De las reglas de exclusión de la prueba prohibida

Existen diversas posturas vinculadas a las reglas de exclusión, entre ellas, nuestro sistema jurisprudencial viene optando diversas posturas, conforme se detalla a continuación<sup>24</sup>.

#### 3.2.1. La tesis del entorno jurídico del derecho fundamental vulnerado

La tesis aludida permite al juzgador realizar un juicio de valoración previo a la exclusión del medio de prueba, para lo cual deberá considerar la existencia de la lesión del derecho fundamental, por lo tanto, en el caso de identificarse la lesión al derecho fundamental, irremisiblemente, se deberá excluir el caudal

probatorio, caso contrario, los medios de prueba subsisten. Criterios jurisprudenciales afines a la tesis expuesta son los siguientes: la Cas N.º 10-2007 (caso *Urquiza Cotrina*), el Exp. N.º A.V.19-2001 (caso *Vladivideos*), el R. N. N.º 2995-2009 Lima (caso *Villareal Santillán*) y el R. N. N.º 1926-2013 Pasco (caso *Lázaro Estrella*), etc.

#### 3.2.2. La tesis de ponderación de intereses

La tesis expuesta exige que el juzgador deberá realizar juicios de ponderación entre los derechos fundamentales involucrados, para lo cual se deberá considerar, fundamentalmente, el test de ponderación propio del principio de proporcionalidad y los criterios cualitativos y cuantitativos propios del principio de razonabilidad. Pronunciamientos jurisprudenciales resultan ser el Exp. N.º 21-2001 (caso *García Marcelo*) y el R. N. N.º 4826-2005 (caso *Polo II*), entre otros.

#### 3.2.3. La tesis de la teoría del riesgo

Implica que la afectación del derecho fundamental, por ejemplo, secreto de las comunicaciones, surge producto del descuido o desconocimiento de una de las partes intervinientes, es decir, en este caso, no existe autorización judicial, empero, en la medida que exista necesidad y contenido delictual, se deberá habilitar el caudal probatorio. En este supuesto, nos encontramos en situaciones en las cuales una de las partes, sin consentimiento del otro que aparece vinculado a la conversación, graba la

24 Cfr. PISFIL FLORES, Daniel A., *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, Lima: Editores del Centro, 2018, p. 243 y ss.

conversación. El sistema jurisprudencial afín, tenemos: R. N. N.° 1302-2010 Lambayeque, Exp. N.° 2076-2014 Lima (caso *Atencio Gonzales*), R. N. N.° 2995-2009 Lima, R. N. N.° 1128-2010 Amazonas, R. N. N.° 1317-2010 Lima, R. N. N.° 1926-2013 Pasco y R. N. N.° 1640-2013 Del Santa.

### ¿SABÍA USTED QUE?

La interceptación de las comunicaciones mantiene un procedimiento, [...], el *primer paso*, vinculado a la emisión del informe policial; el *segundo paso*, la solicitud o requerimiento fiscal; el *tercer paso*, la resolución judicial (control jurisdiccional); el *cuarto paso*, la notificación de la resolución y el *quinto paso*, la ejecución de la medida.

#### 3.2.4. *La tesis del carácter indiciario de la prueba ilícita*

La tesis aludida aparece vinculada a los supuestos del “fruto del árbol prohibido”, en la cual el caudal probatorio proveniente de un acto ilícito —sin amparo legal—, generando ineficacia en el material probatorio obtenido, empero, no será excluida, sino, por el contrario, deberá ser tomada como un indicio concurrente con los demás medios de prueba, así como se ha expresado en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: el Exp. N.° 11-2001 (caso *Ernesto Ramón Gamarra Olivares*), la Cas. N.° 407-2012 (caso *Quispe Pancca*), etc.

#### 3.2.5. *La tesis de causa probable*

La tesis señalada implica que la prueba obtenida con lesión a derechos fundamentales podrá ser incorporada y valorada en la medida que exista causa probable para conseguir una orden judicial, empero, dicho mandato judicial no existe. Referencia jurisprudencial es el R. N. N.° 4826-2005 (caso *Lucía Mendoza Mateo*).

#### 3.2.6. *La tesis del nexos causal atenuado*

La tesis expuesta permite y habilita al juzgador para valorar la prueba ilícita, debiendo atenuar la intensidad de la misma al momento de valorar. Las referencias jurisprudenciales que tenemos son el Exp. N.° A.V 19-2001 (caso *Alberto Fujimori*), el Exp. N.° 640-2006 Lambayeque y la Cas. N.° 412-2012 Cusco.

#### 3.2.7. *La tesis de la fuente independiente*

La tesis aludida advierte una situación de mezcla, es decir, se advierte la presencia de prueba lícita e ilícita, las mismas que cohabitan en los actuados, sin embargo, ello no inhabilita la totalidad del caudal probatorio, debiendo el juzgador realizar un trato diferenciado de la prueba lícita e ilícita. El derecho vivo aplica la tesis expuesta, conforme se advierte en el R. N. N.° 557-2010 Piura y en el R. N. N.° 2041-2006 Lima.

### 4. Toma de postura

Actualmente, el escenario jurisdiccional y político en el Perú aparece

marcado por develación de audios, a través de los cuales estarían involucrados diversas personas, como magistrados, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, políticos, empresarios y ciudadanos de a pie. Ante ello, cada caso concreto tiene sus propias peculiaridades, por tanto, un tema de actualidad nacional resulta ser la validez o ineficacia de los audios correspondiente a números telefónicos de ciertos magistrados amparados por protección constitucional, conforme señala el art. 99<sup>25</sup> de la Carta Magna, esto es, surge la pregunta: ¿Son lícitos los audios adquiridos por mandato judicial incompetente?<sup>26</sup>.

La pregunta planteada podría tener diversas respuestas según la tesis del receptor respectivo o sujeto procesal, empero, cualquiera sea la situación, lo cierto es que, de llegarse a plantear, como se podría pensar a primera vista, presupuestos de prueba prohibida, ten-

dría que analizarse, sin lugar a dudas, los supuestos de exclusión de la prueba ilícita. Consideramos que, ante la ráfaga de audios ventilados a diario en nuestra sociedad, es perfectamente posible la invocación de las diversas tesis de exclusión de la prueba prohibida, situación que valida el uso de dichos audios en un proceso penal legítimo. Así, tenemos *la tesis de ponderación de intereses*, en la cual, mediante la aplicación del test de proporcionalidad y los criterios de racionalidad, se podría relativizar el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones o intimidad frente al derecho a la verdad<sup>27</sup> y defensa de la seguridad ciudadana e interés público, todo ello, en la medida que los audios tengan contenido penal y no moral ni ético, con la finalidad de ponderar correctamente la efectividad de la persecución penal, frente a la efectividad de la protección sobre los derechos fundamentales.

De la misma forma, es posible *invocar la tesis del carácter indiciario de la prueba ilícita*, por cuanto los audios citados, en la medida que contengan contenido penal, pueden ser utilizados como indicios del delito en potencia<sup>28</sup>

25 Art. 99. Acusación por infracción de la Constitución

Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al defensor del pueblo y al contralor general por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas.

26 Con especial referencia a la interceptación telefónica realizada por un juzgado de investigación preparatoria contra un magistrado supremo, sin contarse con acusación constitucional previa por el fiscal de la Nación y autorización de juez supremo.

27 El art. 13.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

28 CÁCERES JULCA refiere que estos indicios “son datos que no vinculan directamente al sospechoso con la realización del delito en concreto, sino que, solo permiten afirmar la capacidad

o indicio con capacidad delictiva<sup>29</sup>. En términos similares, podría invocarse *la tesis de causa probable*, por cuanto el supuesto fáctico de los audios reveladores advierten la existencia de mandato judicial para la interceptación telefónica de personas ajenas a la protección constitucional. En ese contexto, la posibilidad de ampliarse dicho mandato judicial contra jueces y fiscales supremos resulta evidente; de la misma forma, es posible *la tesis del nexa causal atenuado y la tesis de la fuente independiente*, en la cual el contenido de los audios no pueden ser declarados inválidos por el mismo

del sospechoso al realizarlo. Está claro que este indicio resulta bastante débil para probar la intervención en el hecho delictivo, pero puede reforzar el valor probatorio de otras pruebas o indicios más concluyentes”. Véase, CÁCERES JULCA, Roberto, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 71.

- 29 CÁCERES JULCA señala que “los indicios de capacidad para delinquir permiten determinar si el imputado tiene la capacidad para cometer el ilícito, es decir, si tiene las condiciones físicas, disposición material, sea por acceso directo; esto significa que se debe determinar si el investigado ha realizado acciones tendientes a adquirir instrumentos que sirva para cometer el delito o para preparar el mismo”. Y agrega que “se trata de indicios que son inferidos de la personalidad del inculpaado que nos llevan a determinar que su conducta actual o pasada, así como su costumbre, sea compatible con las características del sujeto que cometió el ilícito. La conducta humana genera el indicio, ya sea a través de circunstancias, particularidades, antecedentes, etc., que son punto de partida para analizar la acción o una omisión incurrida, que nos lleve a establecer un neo de causalidad con otros elementos que nos permitan formar un criterio a través de nuestros sentidos sobre los hechos investigados”. CÁCERES JULCA, Roberto, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, ob. cit., p. 72.

contenido de las reglas de exclusión expuestas anteriormente., situación que deberá ser analizada oportunamente, ya que por la misma naturaleza del trabajo y el momento prematuro del supuesto fáctico, nos obliga a reservar los detalles para el momento oportuno.

### IMPORTANTE

La interceptación de las comunicaciones aparece habilitada en la medida que existan criterios materiales principistas propios de un régimen constitucional, dichos criterios validan y justifican la interceptación mencionada, estos criterios son la *razonabilidad y proporcionalidad*.

Finalmente, las diversas tesis de exclusión de la prueba prohibida resultan perfectamente posibles para su aplicación a los delitos de corrupción funcional, toda vez que, por la misma intensidad del reproche jurídico penal, en razón de la intervención de funcionarios y servidores públicos sobre quienes recaen deberes especiales de salvamento frente a los bienes jurídicos encomendados, en los cuales el *derecho a la verdad* en un escenario social deberá primar frente a derechos personales, por tanto, los agentes del derecho, jueces y fiscales deberán recurrir a dichas tesis de exclusión según cada caso concreto con contenido penal.

### 5. Conclusiones

- Las reglas de exclusión de la prueba ilícita operan como remedios para

subsana defectos formales en un proceso de interceptación telefónica defectuosa o irregular.

- Las diversas tesis de exclusión de la prueba prohibida, esto es, ponderación de intereses, carácter indiciario de la prueba ilícita, causa probable, nexo causal atenuado y la fuente independiente, resultan idóneas para ser aplicables en los diversos casos de prueba prohibida, a propósito de los recientes audios con presunto contenido penal, en los cuales involucrarían a magistrados, empresarios y ciudadanos de a pie.
- Los principios de proporcionalidad y racionalidad deberán ser invocados obligatoriamente durante el proceso de ponderación de derechos fundamentales. 

## 6. Referencias bibliográficas

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, 2014.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones*

*sustantivas y procesales*, Lima: Instituto Pacífico, 2018.

- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima: Palestra, 2017.
- CÁCERES JULCA, Roberto, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- CENTRO DE ÉTICA JUDICIAL, *La aplicación del principio de proporcionalidad del Tribunal europeo de derechos humano*, Ciudad de México: marzo del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2vNZOWD>>.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Eguzkilore*, n.º 17, San Sebastián: diciembre del 2003. Recuperado de <<https://bit.ly/2MSvvtf>>.
- LEÓN FLORIÁN, Felipe J, *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia en el TC*. Recuperado de <<https://bit.ly/2MV65uL>>.
- MIRANDA ESTAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adoptadas al CPP peruano 2014*, Lima: Jurista Editores, 2012.
- PISFIL FLORES, Daniel A., *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, Lima: Editores del Centro, 2018.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: IDEMSA, 2009.