

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
Facultad de Derecho**



Informe de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp.
N°00655-2010-PHC/TC

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Rosmery Janeth Mamani Quispe

Asesor(es):

Daniel Simón Quispe Meza

Lima, 2021

Resumen

El presente informe jurídico tiene como finalidad realizar un análisis de los problemas jurídicos encontrados en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00655-2010PHC/TC, la cual establece que las interceptaciones telefónicas realizadas a Alberto Quimper constituían prueba prohibida y que los medios de comunicación se encontraban prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin autorización previa. En ese sentido, para comprender los problemas planteados y resolver los mismos, el informe jurídico desarrolla dos apartados. En el primero, se analiza la admisión de la prueba prohibida frente al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y al principio de buena administración y la lucha contra la corrupción para concluir que las interceptaciones telefónicas obtenidas con vulneración del derecho fundamental al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones debieron ser admitidas, basándonos en la excepción de ponderación de intereses. En el segundo, se analiza el rol de los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción, para concluir que el Tribunal no podía establecer una suerte de censura previa ni sanción penal por la divulgación o difusión de las conversaciones interceptadas y grabadas. Por último, la metodología empleada para realizar el análisis de la resolución fue la revisión de los principios constitucionales, la normativa nacional e internacional y los conceptos dogmáticos y jurisprudenciales sobre prueba prohibida.

Palabras clave:

Corrupción – prueba prohibida – excepción de ponderación de intereses – secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones – rol de los medios de comunicación – censura previa

Abstract

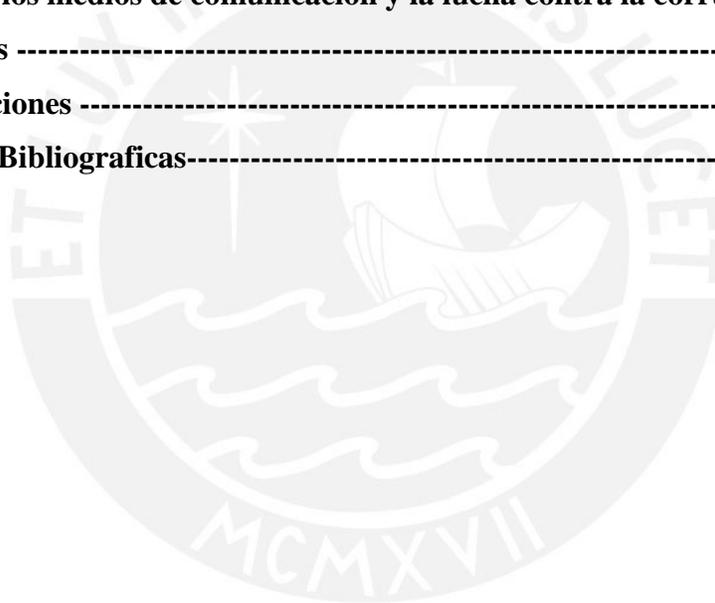
The purpose of this legal report is to carry out an analysis of the legal problems found in the Judgment of the Constitutional Court Exp. No. 00655-2010-PHC / TC, which establishes that the telephone interceptions carried out on Alberto Quimper constituted prohibited evidence and that the media were prohibited from disclosing or broadcasting wiretaps and recordings of telephone conversations, without prior authorization. In this sense, to understand the problems raised and solve them, the legal report is divided into two chapters. In the first chapter, the admission of the prohibited test against the right to secrecy and the inviolability of communications and the principle of the fight against corruption is analyzed to conclude that the telephone interceptions obtained in violation of the fundamental right to secrecy and the inviolability of the communications had to be admitted, based on the exception of weighting of interests. In the second chapter, the role of the media and the fight against corruption is analyzed, to conclude that the Court could not establish a kind of prior censorship or criminal sanction for the disclosure or dissemination of the intercepted and recorded conversations. Finally, the methodology used to carry out the analysis of the resolution was the review of constitutional principles, national and international regulations, and dogmatic and jurisprudential concepts on prohibited evidence.

Keywords

Corruption - prohibited evidence - exception of weighting of interests - secrecy and inviolability of communications - role of the media - prior censorship

Índice de contenido

1. Introducción	5
2. Justificación de la elección de la resolución	6
3. Antecedentes	6
4. Fundamentos de la resolución	10
5. Identificación de problemas jurídicos	15
6. Resolución de problemas jurídicos	16
6.1.La admisión de la prueba prohibida frente al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y al principio de buena administración y la lucha contra la corrupción	16
6.2.El rol de los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción	31
Conclusiones	37
Recomendaciones	38
Referencias Bibliograficas	39



1. Introducción

El presente informe jurídico tiene como objetivo realizar un análisis sobre los principales problemas jurídicos que se encontraron en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N°00655-2010-PHC/TC, la cual estableció que las interceptaciones telefónicas realizadas a Alberto Quimper constituían prueba prohibida y que los medios de comunicación se encontraban prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin autorización previa, bajo responsabilidad penal. Así, sobre dicha sentencia, se relatarán los principales hechos y el itinerario procesal; así como, los fundamentos que la sustentaron y los votos singulares emitidos por los magistrados.

Posteriormente, se identificarán dos problemas. El primer problema respecto a la admisión de la prueba prohibida frente al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y al principio de buena administración y la lucha contra la corrupción; para lo cual, se desarrollará el concepto de la prueba prohibida, sus antecedentes y excepciones; así como, el principio de buena administración y lucha contra la corrupción y el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones a fin de analizar si el Tribunal Constitucional debió de aplicar la teoría de ponderación de intereses.

Asimismo, se desarrollará el segundo problema respecto al rol de los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción; para lo cual, se desarrollará el rol de los medios de comunicación y los casos de corrupción, la lucha contra la corrupción y la censura previa a fin de analizar si el Tribunal podía establecer una prohibición general a los medios de comunicación respecto a la divulgación y difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas de interés público.

Así, para el análisis de la resolución y de los problemas identificados la metodología empleada se basará en los principios constitucionales, la normativa nacional e internacional, jurisprudencia nacional e internacional y los conceptos dogmáticos

sobre prueba prohibida, lucha contra la corrupción y el rol de los medios de comunicación.

2. Justificación de la elección de la resolución

La presente resolución ha sido elegida porque abarca una institución, poco pacífica e importante, como la prueba prohibida y sus consecuencias jurídicas en un caso emblemático de corrupción de funcionarios, en el que el Tribunal orientado por la “exclusionary rule” establece que las interceptaciones telefónicas realizadas a Alberto Quimper constituían prueba prohibida; por lo que, no podrían ser utilizadas y valoradas para decidir la situación jurídica de dicha persona. Asimismo, sostiene que los medios de comunicación se encontraban prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin autorización previa.

En este sentido, considero relevante el análisis del Tribunal en esta resolución a fin de estudiar el estado actual y los antecedentes de la prueba prohibida y sus consecuencias; y, como en el análisis de la misma se podría aplicar la excepción de ponderación de intereses, teniendo en cuenta el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y la lucha contra la corrupción. Asimismo, el análisis del Tribunal también nos permitirá desarrollar el rol de los medios de comunicación en los casos de corrupción de funcionarios y la suerte de censura previa establecida en la resolución.

3. ANTECEDENTES

3.1. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia¹:

3.1.1. Datos principales de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00655-2010-PHC/TC:

DEMANDANTE

Carmen Luisa Castro Barrera de
Quimper

¹ La información presentada en los hechos de este informe ha sido obtenida de la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de sustentación (Exp. N° 00655-2010-PHC/TC)

DEMANDADO	Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima
MATERIA	Recurso de Agravio Constitucional contra la Sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

3.1.2. Hechos e itinerario procesal

Con fecha 05 de octubre del 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” y el diario “La República” difundieron audios, que consistían en conversaciones entre Rómulo León Alegría (ex ministro de Pesquería del primer gobierno aprista), Alberto Quimper (ex director, vicepresidente, de PERUPETRO), el empresario Rafael Fortunato Canaán Fernández y otros funcionarios, mediante los cuales supuestamente se mostraba un interés a fin de obtener licitaciones en el rubro de hidrocarburos. Sin embargo, dichas conversaciones habían sido interceptadas y grabadas de los teléfonos fijos de los involucrados antes de ser difundidas.

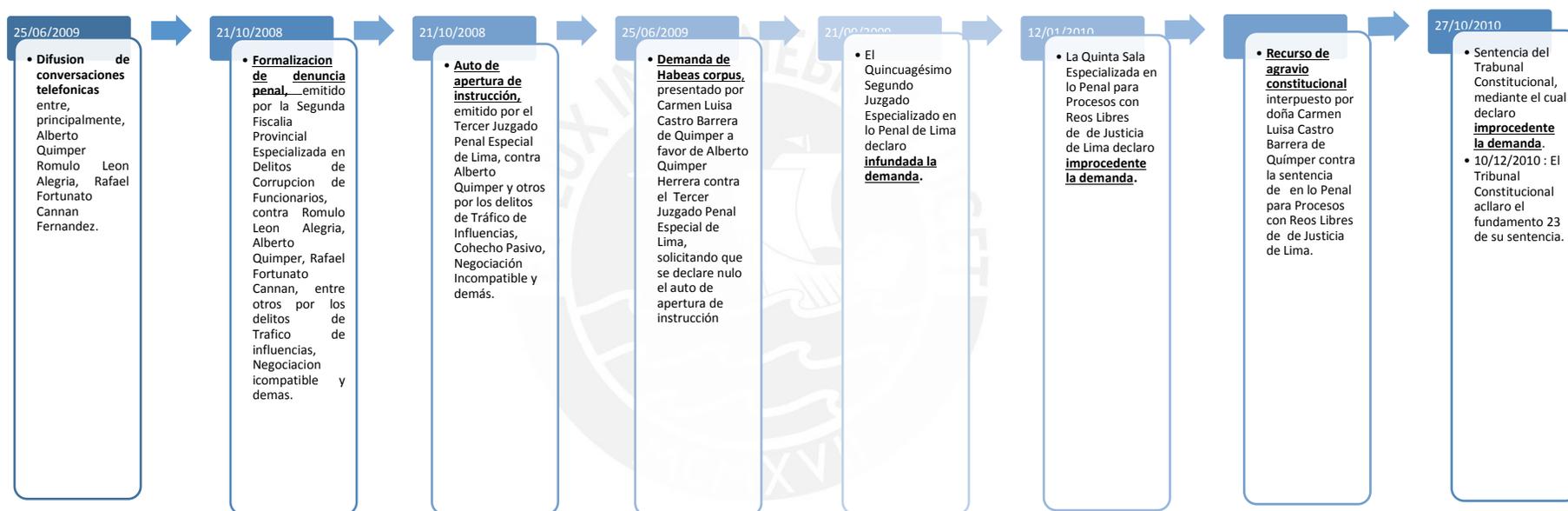
Ante ello, se emitió auto de apertura de instrucción el 21 de octubre de 2008, Exp. N° 107-2008. Por lo que, Carmen Luisa Castro Barrera, con fecha 25 de junio del 2009, interpuso demanda de hábeas corpus a favor de Alberto Quimper Herrera contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, solicitando se declare nulo dicho auto de apertura de instrucción, alegando que violaba el derecho al debido proceso de Alberto Quimper porque se basaba en pruebas obtenidas con afectación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Además, sostenía que habían sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas; por lo que, no deberían servir de sustento probatorio del auto de apertura de instrucción.

La demanda de Hábeas Corpus interpuesta fue declarada infundada por el Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 21 de septiembre del 2009, debido a que se consideró que la demandante pretendía que el juez de habeas corpus se arrogue facultades que estaban reservadas al juez ordinario y realice una revaloración de los elementos probatorios que sirvieron para dictar el auto de apertura de instrucción.

Asimismo, la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, sala revisora, declaró improcedente la demanda; por lo que, la demandante presentó el recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional contra dicha resolución, en la cual los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani resolvieron, mediante la sentencia del 27 de octubre de 2010, en el Exp. 00655-2010-PHC/TC, declarar improcedente la demanda con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, debido a que el proceso penal contra Alberto Quimper aún no había concluido; por lo que, consideraron que la demanda había sido presentada en forma prematura.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió una resolución de aclaración del fundamento jurídico 23 de la sentencia de fecha 27 de octubre del 2010, aclarando que mediante dicho fundamento no se realizó una censura previa a los medios de comunicación, pero si se podría sancionar a los periodistas que fomenten o realicen interceptaciones. Asimismo, agregaron que, respecto a la difusión de las interceptaciones, los periodistas o medios de comunicación que tengan acceso a estos deberían evaluar si se afecta el derecho a la intimidad y a la vida privada, estando sujeto este último caso a un control posterior.

Asimismo, lo mencionado líneas arriba, respecto al itinerario procesal, se puede apreciar en el siguiente cuadro:



Culminando la explicación respecto a los hechos e itinerario procesal de la presente causa, pasaremos a analizar los fundamentos de la decisión en el siguiente acápite:

4. Fundamentos de la resolución²

El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda, basándose en los siguientes fundamentos:

- Respecto al fundamento de exclusión de la prueba prohibida, sostuvo que ello descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia; y, en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.
- Asimismo, sostuvo que, en nuestro ordenamiento, la prueba se considera prohibida cuando se obtiene con violación directa o indirecta de algún derecho fundamental. Se encuentra prevista en el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, el artículo 159° del Código Procesal Penal y garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido 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 esa línea, destacó que la admisibilidad del medio probatorio está supeditada a su licitud.
- Respecto a los efectos de la prueba prohibida sostuvo que, conforme al artículo 159° del Código Procesal Penal, se plantea una prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

² La información presentada en los fundamentos de la resolución de este informe han sido obtenidos de la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de sustentación (Exp. N° 00655-2010-PHC/TC)

Por lo tanto, teniendo en cuenta los argumentos anteriores, los magistrados consideraron que, el derecho a la vida privada, fundamento de la exclusión de la prueba prohibida, tutela las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha.

Sin embargo, precisó que, la interceptación telefónica puede ser considerada legítima si se encuentra fundada en la ley, la cual 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, ordenarla y llevarla a cabo, el procedimiento a seguir, entre otros elementos.

En esa línea, respecto al presente caso, el tribunal resaltó que las conversaciones telefónicas no fueron interceptadas por agentes del Estado, ni el fiscal que interpuso la denuncia; por lo que, su divulgación a través de los medios de prensa fue inconstitucional; así, el Estado debe investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones, ya que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima.

No obstante, el tribunal concluyó que para evaluar la incidencia de la pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario era 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. En ese sentido, sostuvo que, como el proceso penal aún no ha concluido, la demanda había sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Adicionalmente a la decisión esbozada, los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani emitieron los siguientes votos singulares:

4.1. Votos Singulares

4.1.1. Fundamento de Voto del magistrado Beaumont Callirgos: Sostuvo que, si bien coincidía con el fallo del caso, no suscribía los fundamentos 20 y segundo párrafo del fundamento 23.

Respecto al fundamento 20, mediante el cual se sostuvo que es sancionable la interceptación y divulgación de conversaciones telefónicas sin autorización del beneficiario al no constituir información pública, refirió que, corresponde al juzgador penal verificar en definitiva cuales son los hechos probados y las afectaciones a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

Respecto al fundamento 23, mediante el cual se prohibió la divulgación y difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización o mandato judicial previo, bajo responsabilidad penal, el magistrado sostuvo que el Derecho Penal es de ultima ratio; por lo que, antes de invocarse su utilización, debe exhortarse a los medios de comunicación un autocontrol o el control por órganos privados, enfatizando que, la libertad de expresión al constituir uno de los pilares de la democracia y la defensa de los derechos de las personas debe ser promovida, defendida y preservada en cada caso concreto.

4.1.2. Fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli: Consideró que, la demanda debe ser declarada improcedente, debido a que el auto de apertura de instrucción no representa una resolución firme que quebrante abiertamente la libertad individual, ya que no incide de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal.

Respecto al fundamento 7, mediante el que se sostuvo que la prueba prohibida no puede ser utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona, consideró que, no se encontraba de acuerdo porque el tribunal

debería realizar un análisis exhaustivo tendiente a determinar los efectos de la afirmación en dicho fundamento, ya que la eficacia de las pruebas obtenidas con medio ilícito no ha obtenido respuesta unánime.

En esa línea, señaló que, en nuestro ordenamiento no existe unanimidad respecto a la proscripción de la prueba prohibida; por lo que, es preciso diferenciar y saber cómo emplear la jurisprudencia desarrollada en el sistema americano para no importar una figura que se altere en una realidad distinta. Por lo que, consideró incorrecto señalar la nulidad de los medios probatorios que se pretende sancionar a través del proceso constitucional de habeas corpus por prematuro, ya que el recurrente tiene un amplio campo de defensa dentro del procesal penal.

Finalmente, se apartó de los fundamentos 20, 21 y 23, debido a que establecían una prohibición a los medios de comunicación para difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin que antes se haya comprobado por sentencia si la información que se quiere difundir es de interés público o no. Asimismo, remarcó que, se debía tener en cuenta el rol importante que desempeñan los medios de comunicación en la formación de la opinión pública.

- 4.1.3. **Fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda:** Refirió que, comparte lo expuesto en la sentencia y la parte resolutive. No obstante, le parece necesario precisar que, no puede soslayarse a los medios de comunicación que propagan irreflexivamente conversaciones privadas con el pretexto de un supuesto interés público cuando ello obedece a otros fines como elevar su nivel de audiencia u orientar la opinión pública a determinadas candidaturas. Por lo que, ante ello, sostuvo que, el Estado debería sancionar a las personas que interceptan conversaciones telefónicas y a los periodistas que las difunden.

4.1.4. **Fundamento de voto del magistrado Urviola Hani:** Sostuvo que, coincide únicamente con el fundamento 21 y con el fallo; sin embargo, expresa su desacuerdo de los demás fundamentos, en particular del segundo párrafo del fundamento 23, mediante el cual se prohíbe la divulgación y difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización o mandato judicial previo, bajo responsabilidad penal, debido a que no le parece constitucional que se establezca una prohibición general a los medios de comunicación, ya que ello contrariaría lo establecido en el inciso 4 artículo 2 de la Constitución Peruana que proscribe la censura previa.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió una resolución aclaratoria respecto a la sentencia y los fundamentos esbozados líneas arriba, tal y como se detalla a continuación.

4.2. Resolución Aclaratoria

El tribunal Constitucional emitió una resolución aclaratoria con fecha 10 de diciembre del 2010, respecto al fundamento jurídico 23: *‘‘Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente’’*.

Así, aclaró que, mediante dicho fundamento no establecía una censura previa a los medios de comunicación, pero si se podría sancionar a los periodistas que fomenten o realicen interceptaciones. Asimismo, agregaron que, respecto a la difusión de las interceptaciones, los periodistas o medios de comunicación que tengan acceso a estos deberían evaluar si se afecta el derecho a la intimidad y a la vida privada, estando sujeto este último caso a un control posterior.

En el siguiente acápite identificaremos los problemas jurídicos hallados en la sentencia recaída en el expediente analizado.

5. Identificación de problemas jurídicos

De los fundamentos de la resolución se ha podido identificar que existen los siguientes problemas jurídicos:

- **La admisión de la prueba prohibida frente al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y al principio de buena administración y la lucha contra la corrupción:** El Tribunal Constitucional estableció como regla que la prueba prohibida no puede ser utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona, teniendo en cuenta que su obtención se concreta vulnerando algún derecho fundamental. Sin embargo, el Tribunal no analizó ni ponderó dicha prueba y sus efectos con el principio de lucha contra la corrupción y el principio de buena administración. Por lo que, consideramos necesario analizar el problema que ello genera, ya que opinamos que el Tribunal debió de valorar que la regla de exclusión de la prueba prohibida, admite excepciones, como las desarrolladas jurisprudencialmente. En ese sentido, consideramos que, al tratarse de un caso grave de corrupción de funcionarios, Petroaudios, se podría utilizar la teoría de ponderación de intereses a fin de admitir la prueba prohibida, teniendo en cuenta los intereses en conflicto, el juicio de proporcionalidad y que los derechos no son absolutos.

- **El rol de los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción:** El Tribunal Constitucional refirió que los medios de comunicación se encuentran prohibidos, bajo responsabilidad penal, de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas sin la autorización de los interceptados o mandato judicial motivado. Sin embargo, el Tribunal no advierte que penalmente solo se sanciona a aquellos que intervengan, interfieran o escuchen una conversación telefónica o similar, más no sanciona la difusión o divulgación

de información de interés público. Por otro lado, el Tribunal Constitucional tampoco valora que los medios de comunicación han cumplido y cumplen un rol importante en la lucha contra la corrupción, al investigar y destapar casos de corrupción, proporcionándole de esa forma información a la población a fin de que coadyuvar en la formación de la opinión pública; por lo que, con dicho fundamento, el Tribunal erróneamente establece una suerte de censura previa.

Posteriormente, mediante la resolución de fecha 10 de diciembre del 2010, aclaró dicho fundamento y sostuvo que con ello no se referían a una censura previa, pero que los periodistas y medios de comunicación que reciban, por ejemplo, conversaciones interceptadas deberían evaluar si ello afecta los derechos de intimidad y vida privada de los interceptados, estando sujeto ello a un control posterior; no obstante, cabe recalcar que la difusión de información de interés público no es sancionable penalmente.

Estos problemas serán desarrollados en el siguiente apartado.

6. Resolución de problemas jurídicos

6.1. La admisión de la prueba prohibida frente al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y al principio de buena administración y la lucha contra la corrupción

A fin de abordar el primer problema identificado empezaremos desarrollando el concepto de la prueba prohibida; segundo, sus antecedentes; tercero, la prueba prohibida en nuestro ordenamiento; cuarto, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. Asimismo, se desarrollará el principio de buena administración y la lucha contra la corrupción, el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones a fin de darle solución al problema planteado.

6.1.1. Concepto de prueba prohibida

La actividad probatoria, parte del proceso penal, va dirigida a generar convicción en el juez respecto a los hechos; así, la prueba “es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la acreditación necesaria - actividad de demostración- para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellos afirmados – actividad de verificación”. (San Martín, 2015, p. 499)

Sin embargo, no todas las pruebas son permitidas en el proceso penal, ya que la actividad probatoria está sujeta a tres requisitos: legalidad, licitud y suficiencia (Costa, 2012, p.138), implicando el requisito de licitud que la prueba haya sido obtenida por medios lícitos, sin vulnerar derechos fundamentales. (Costa, 2012, p. 139).

En este sentido, en doctrina y jurisprudencia, cuando no se cumple con el requisito de licitud, se ha usado los términos de prueba ilícita y prueba prohibida; sin embargo, estos términos se han usado de forma indistinta, equiparándolos o diferenciándolos.

Así, algunos autores consideran que la prueba prohibida e ilícita son equiparables, mientras que otros las diferencian, definiendo a la prueba prohibida como aquella prueba que es excluida por el legislador, a pesar de ser obtenida legalmente y a la prueba ilícita como aquella que vulnera derechos fundamentales (Medina, 2016, p. 10-22)

Asimismo, respecto a la prueba prohibida, se ha establecido un concepto amplio que la entiende como aquella que “en la obtención o incorporación al proceso penal de elementos de prueba vulnera una norma procedimental, la moral pública, o al ordenamiento jurídico” (Pisfil, 2018, p. 88); por otro lado, también se ha desarrollado un concepto restrictivo que la entiende como aquella que en su obtención o incorporación al proceso penal vulnera derechos y libertades fundamentales (Pisfil, 2018, p.89), siendo esta concepción la preferente que se ha

adoptado jurisprudencialmente (Exp. N° 2333-2004-HC/TC, Exp. 1915-2005PHC/TC, Exp. N° 01601-2013-PHC7TC).

En ese sentido, la actividad probatoria es parte del proceso penal; sin embargo, no todas las pruebas son permitidas; así la prueba prohibida al no cumplir con el requisito de licitud no está permitida porque vulnera derechos fundamentales.

6.1.2. Antecedentes de la prueba prohibida

La prueba prohibida se originó en jurisprudencia estadounidense en el caso *Boyd vs. Usa* en 1886, en el cual se estableció la regla jurisprudencial “exclusionary rule” (San Martín, 2015, p. 626), que refiere que se excluyen del proceso aquellas evidencias que hayan sido obtenidas con violación de derechos constitucionales (Miranda, 2019, p.17). Así, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, vinculó esta institución con la Enmienda IV, que “protege la privacidad (privacy) de las personas mediante la prohibición de los registros e incautaciones arbitrarias o irrazonables (unreasonable searches and seizures), sin la expedición de warrant (autorización judicial) y sin la concurrencia de probable causa” (Miranda, 2019, p. 18) y con la Enmienda V, “que protege contra la autoincriminación involuntaria” (Pisfil, 2018, p. 143); por lo que, el fundamento fue el respeto de los derechos de los ciudadanos por parte de los agentes del gubernamentales o estatales, ya que las enmiendas solo iban dirigidas a estos últimos al establecerles límites en el ejercicio de sus funciones (Miranda, 2019, p. 19-20).

Por otro lado, en el sistema español, inicialmente se rechazó la aplicación de la prueba prohibida; en ese sentido, el Tribunal Constitucional español en su auto 289/1984 del 16 de mayo desestimó la misma por no basarse en una norma de Derecho positivo o en la Constitución ni haber sido admitida jurisprudencialmente. Sin embargo, posteriormente, mediante la sentencia 114/1984, el Tribunal cambió su posición y sostuvo que se podría desestimar la prueba prohibida como expresión de los derechos fundamentales, ya que estos ocupan un lugar preferente en el sistema jurídico. Por último, el ordenamiento

jurídico español incorporó a su legislación, la exclusión de la prueba prohibida, mediante el art 11°. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Asencio, 2008, p. 110 - 115).

En ese sentido, el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida fue la posición preferente de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que el Estado de Derecho tiene como fin velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, asegurando para los últimos una igualdad y libertad inherente a su dignidad (Pisfil, 2018, p. 65). Asimismo, dicha institución también se basa en el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; es decir, en el “cumplimiento irrestricto de todas las garantías, principios, derechos que aseguren un proceso debido, el acceso a la justicia y un estado de no indefensión” (Pisfil, 2018, p. 73).

De esta forma, la prueba prohibida se origina en la jurisprudencia estadounidense a fin de proteger los derechos recogidos en las enmiendas IV y V. Posteriormente, también es acogido por otros sistemas como el español, en el cual se admitió la exclusión de la prueba prohibida en base a la posición preferente de los derechos fundamentales. En esa línea, la prueba prohibida ha encontrado su fundamento en la posición preferente de los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

6.1.3. Prueba Prohibida en nuestro ordenamiento jurídico

Desde la Constitución de 1834 hasta la actual, se advierte que, no se incorpora una norma con efectos generales que recoja la regla de exclusión ante pruebas que hayan sido obtenidas con vulneraciones de los derechos fundamentales; sin embargo, si se evidencia que se sanciona con ineficacia probatoria determinados supuestos en los que las pruebas hayan sido recabadas vulnerando derechos fundamentales (San Martín, 2015, p. 619).

En esta línea, la Constitución de 1834 ya recogía en su artículo 156, una “regla de exclusión”, al establecer lo siguiente: “Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal”. Asimismo, en los artículos 26 y 32 de la Constitución de 1920, se estableció, dentro de las garantías individuales, “No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia (...)” y “El secreto de las cartas es inviolable. No producen efecto legal las que fueren sustraídas.”

Del mismo modo, en los incisos 8 y 20 del artículo 2 de la Constitución Política de 1979, se mantiene la exclusión legal de la Constitución de 1920, aunque respecto a las cartas se extiende la protección a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas; y, además, se precisa que la correspondencia solo podría ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del Juez. Asimismo, a diferencia de sus predecesoras se establece como una garantía de la administración de justicia “la invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas.” (Constitución Política del Perú, 1979, art. 233)

Por último, la actual Constitución Política de 1993, también excluye el efecto legal en determinados supuestos; así, establece en el inciso 10 del artículo 2 que toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, precisando que las comunicaciones, telecomunicaciones o demás instrumentos solo podrán ser interceptados por mandato motivado del juez; del mismo modo, en dicho artículo se establece que los documentos obtenidos con vulneración de ese precepto no tienen efecto legal.

Y, en el párrafo h, inciso 24, artículo 2, se establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir

de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

En ese sentido, desde la Constitución Política de 1934 hasta la de 1993, se mantuvo la lógica de no establecer una regla general expresa de exclusión de la prueba ante pruebas que hayan sido obtenidas con vulneraciones de los derechos fundamentales; no obstante, en todas se han establecido reglas de exclusión concretas cuando se vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y cuando una declaración sea obtenida con violencia.

Asimismo, lo anterior es coherente con el actual Código Procesal Penal del 2004, que ha asumido una posición más garantista que sus antecesoras y establece en su artículo VIII del Título Preliminar que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

En esa línea, el Código recoge una concepción restrictiva de la prueba prohibida al establecer que carecerán de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales. Asimismo, el mismo cuerpo normativo, establece en su artículo 159 que la consecuencia jurídica de dichas pruebas es que el juez no podrá utilizarlas directa ni indirectamente.

Así, el Código Procesal Penal del 2004, ha reafirmado tanto en su artículo VIII del Título Preliminar como en el artículo 159 que carecen de valor las pruebas obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales;

y, por lo tanto, el juez no podrá valorarlas dentro del proceso penal para decidir la situación jurídica del imputado.

6.1.4. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida

Como se ha establecido en el apartado de antecedentes y fundamento de la prueba prohibida, la regla de exclusión tuvo su origen en la jurisprudencia estadounidense y también se desarrolló en el sistema español y peruano; sin embargo, la consecuencia de la prueba prohibida, se ha ido relativizando con el tiempo ante el descontento que ha generado la misma en la resolución de casos, ya que su exclusión ha generado que se pierda prueba importante y el favorecimiento de los responsables de determinado delito (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 12); por lo que, se han desarrollado jurisprudencialmente la siguientes excepciones: Buena fe, la teoría del riesgo y ponderación de intereses.

La excepción de buena fe se aplica cuando los agentes estatales han obtenido las evidencias infringiendo los derechos fundamentales, pero por error; es decir, bajo la creencia de que no estaban infringiendo dichos derechos. Por ejemplo, esta excepción fue usada en el caso *United States vs. León* de 1984 cuando se obtuvo elementos de convicción con un mandato judicial sin motivación suficiente (Pisfil, 2018, p. 224); es decir, no se excluye la prueba prohibida porque los agentes estatales actuaron creyendo que no se estaba vulnerando ningún derecho fundamental.

La teoría del riesgo se aplica cuando el imputado realiza sus actos de manera voluntaria y confía a terceros su delito; por ejemplo, no cabría la exclusión si cuenta sus actividades ilícitas a terceros y estos filtran dicha información a fin de delatarlo, ya que asume con dicha acción un riesgo (Guevara, 2018, p. 21); es decir, no se excluye la prueba prohibida porque el imputado habría evidenciado voluntariamente sus acciones delictivas.

La ponderación de intereses es una excepción, que ha sido utilizada en EE.UU. bajo la teoría del “balancing test” y en Alemania, cuando la admisión de la prueba prohibida genera un conflicto entre la seguridad pública y los derechos del acusado, ya que se considera que la infracción de una prohibición probatoria no genera la exclusión de la prueba prohibida al valorar la gravedad del hecho y la infracción procesal. En ese sentido, se aplica una ponderación (triple juicio del principio de proporcionalidad) a fin de determinar la constitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales (Simarro, 2020, p, 304-305).

Respecto a la teoría de ponderación de intereses, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica se pronuncia utilizándola en el Recurso de Nulidad N.º 4826-2005, más conocido como “caso polo II”, en el cual la policía había realizado un registro domiciliario, en el que había hallado diversa documentación vinculada al terrorismo y un costal con nitrato de amonio, utilizado usualmente para causar estragos; sin embargo, dicho registro se había realizado sin orden judicial y sin un supuesto de flagrancia delictiva. No obstante, la Sala no utilizó la regla de exclusión, sino que la teoría de ponderación de los intereses en conflicto, refiriendo lo siguiente:

(...) es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación. (2007, considerando décimo)

Asimismo, la teoría de ponderación de intereses ha sido aplicada en la Casación civil N° 342-2001-Lima, sobre la exclusión de una prueba ilícita en un caso de competencia desleal, en el cual la Sala valoró el contexto restringido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, refiriendo que los documentos obtenidos no podrían ser desestimados, sino que se debía realizar un juicio de proporcionalidad, en función a los intereses en conflicto (Corte Suprema de Justicia, 2004, considerando sexto y séptimo).

En ese sentido, jurisprudencialmente, la Corte Suprema ha utilizado la teoría de ponderación de intereses para evaluar la admisibilidad de la prueba prohibida, teniendo en cuenta los intereses en conflicto y el juicio de proporcionalidad. Así, en base a criterios de proporcionalidad se valora la gravedad de la vulneración a las reglas probatorias, la magnitud del hecho objeto del proceso y el perjuicio que derivaría de la exclusión de la prueba prohibida a fin de tutelar los intereses de jerarquía constitucional más relevantes (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 13).

Por otro lado, otro criterio jurisprudencial desarrollado, que no es excepción en sí, es aquella que antes de excluir ‘‘la prueba prohibida’’, analiza si realmente dicha prueba lesiona el derecho fundamental invocado en el caso en concreto (Pisfil, 2018, p. 244). En este sentido, dicho criterio fue recogido en el Exp. N° A.V. 19-2001 (caso Alberto Fujimori), respecto a videos y audios grabados por Vladimiro Montesinos Torres, en el cual se señaló que las conversaciones grabadas por uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal, ya que fue uno de los titulares de la relación informática quien divulgó la noticia, que no afectó el derecho a la intimidad, debido a que las conversaciones tenían trascendencia pública sin estar en juego la vida privada de los intervinientes (Corte Suprema de Justicia, 2009, fundamento 77).

Así, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado las excepciones de buena fe, ponderación de intereses y la teoría del riesgo a fin de admitir las pruebas prohibidas; y, también ha desarrollado un criterio jurisprudencial a fin de analizar si realmente se ha vulnerado el derecho fundamental invocado en el caso en concreto. Excepciones que se han desarrollado teniendo en cuenta que los derechos no son absolutos y que la exclusión de dicha prueba genera la pérdida importante de elementos de convicción y termina favoreciendo a los responsables del delito, generando que la ciudadanía desconfíe del Estado y la administración de justicia.

6.1.5. Principio de buena administración y la lucha contra la corrupción

El Tribunal Constitucional ha advertido, en el fundamento 15 del Exp. 000172011-PI/TC, que la buena administración es un principio constitucional implícito en nuestro ordenamiento, que subyace en el artículo 39 y 44 de nuestra Constitución al establecer, respectivamente, que “(...) los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” y “son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra la seguridad; y, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (2012, fundamento 15)

Así, ese principio de buena administración reconocido por el Tribunal Constitucional justifica los delitos de corrupción en el Derecho Penal, entendiendo por corrupción “el abuso de un poder encomendado para obtener beneficios particulares (económicos o no) que viola la norma en perjuicio de intereses generales o del interés público” (Montoya, 2015, p.18).

En esa línea, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción ha resaltado la importancia de la lucha contra la corrupción, debido a la gravedad de las cuestiones que plantea, ya que amenaza “ la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la

justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley'' (2003, preámbulo); en este sentido, se advierte que los actos de corrupción de los funcionarios públicos atentan contra las bases mismas del Estado (Luna, 2014, p. 204).

Así, el principio de la buena administración dentro de un Estado democrático tiene como uno de sus objetivos eliminar la impunidad y hacer lo necesario para prevenir, investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los funcionarios que violen los derechos humanos (Salmon, 2014, p. 139), teniendo en cuenta que los actos de corrupción tienen un impacto negativo en los derechos humanos; así, estos pueden afectar de manera directa los derechos cuando obstaculizan su realización y pleno disfrute o disminuyen las posibilidades de garantizarla y de manera indirecta cuando las autoridades priorizan intereses privados en concursos del sector educación, exponiendo la calidad de los servicios educativos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 69).

En ese sentido, debido a la gravedad de los actos de corrupción, el Tribunal Constitucional también ha desarrollado, en el Exp. 0019-2005-PI7TC, la lucha anticorrupción como principal objetivo del Estado peruano en el diseño de la política criminal; así como, el menosprecio de los actos de corrupción por el daño que ocasionan en los valores reconocidos por la Constitución. Del mismo modo, en el Exp. 00006-2006-PCC/TC, se sostuvo que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se basa en los artículos 39 y 41 de la Constitución; por lo que, se debe reafirmar la actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción.

De esta forma, el principio de buena administración reconocido por el Tribunal Constitucional y con base constitucional, justifica la lucha contra la corrupción, debido a la gravedad de la misma al amenazar las bases mismas del Estado; por lo que, teniendo en cuenta el impacto negativo que causan, el Estado ha resaltado

el objetivo de eliminar la impunidad y condenar a los funcionarios implicados en actos de corrupción.

6.1.6. Derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución reconoce este derecho, señalando que toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, precisando que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez; asimismo, señala que aquellos documentos privados obtenidos con violación de ese precepto no tendrán efecto legal.

Así, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, tiene como titulares a aquellos que participan en la comunicación y se opone ante terceros, que pueden ser particulares (empresas que realizan interceptaciones ilegales) o ante entidades estatales (servicios de inteligencia). Asimismo, es un derecho formal que protege la comunicación independientemente del contenido que se transmite (Abad, 2012, p. 16-17).

Sin embargo, cabe resaltar que, como ha expresado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3482-2005-PHC/TC, los derechos no son absolutos, ya que estos podrían ser restringidos bajo determinados supuestos con la finalidad de compatibilizar los objetivos sociales con los intereses individuales. (2005, Fundamento 15)

6.1.7. Análisis

Considerando el desarrollo anterior, el Tribunal Constitucional ha valorado la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (exclusionary rule), que prescribe que la consecuencia jurídica derivada de la obtención de evidencias con violación de derechos constitucionales es su exclusión del proceso; es decir, una exclusión de su incorporación, admisión y

valoración. Sin embargo, no ha valorado, que actualmente, tanto en el sistema norteamericano, español y peruano, no hay una posición unitaria sobre la “exclusionary rule”, ya que jurisprudencialmente se han ido desarrollando excepciones a la regla de exclusión, teniendo en cuenta que los derechos no son absolutos y que la exclusión de la regla prohibida genera la pérdida de prueba importante y el favorecimiento de los responsables de graves delitos, ocasionando que la ciudadanía desconfíe del Estado y la administración de justicia. .

Por lo que, jurisprudencialmente, se han creado excepciones como la teoría de ponderación de intereses, que en base a criterios de proporcionalidad valora la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su exclusión a fin de tutelar los intereses de jerarquía constitucional más relevantes (Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, 2004, p. 13). Es decir, se admite y valora la prueba cuando la vulneración invocada del derecho, represente una afectación menor frente a la gravedad del delito.

Así, la Corte Suprema ha aplicado dicha teoría en el caso polo II, Recurso de Nulidad N° 4826-2005, en el cual se estableció que, excepcionalmente, en casos graves se debía de valorar la magnitud de la vulneración (inviolabilidad domiciliaria) y los intereses de una efectiva persecución penal a fin de no generar desconfianza en la administración de justicia y el proceso penal con el objetivo de analizar si la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales podría ser admitida y valorada, concluyendo la Corte, al utilizar la teoría de ponderación de intereses, que la prueba prohibida si podría ser admitida al representar una vulneración de menor entidad frente a la magnitud del delito grave.

En esta línea, en el caso en concreto, el tribunal constitucional refiere, en su fundamento 20, que en el presente caso las conversaciones telefónicas se tornaron inconstitucionales porque no tenían autorización del interceptado y no constituían información pública; y, en su fundamento 7, que la prueba prohibida es un derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio obtenido infringiendo

derechos fundamentales será excluido en cualquier procedimiento o proceso para determinar la situación jurídica del imputado. Por lo que, el tribunal consideró que, dichas conversaciones telefónicas al haber sido interceptadas y difundidas sin la autorización de los interlocutores y sin constituir información pública eran prueba prohibida, las cuales al no cumplir con el requisito de licitud, deberían ser excluidas del proceso para decidir la situación jurídica del imputado Alberto Quimper.

Sin embargo, el Tribunal no realiza una ponderación de los intereses involucrados; esto es una valoración entre el derecho vulnerado, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y los otros intereses en juego como el principio de buena administración y la lucha contra la corrupción, teniendo en cuenta que ‘‘Petroaudios’’ era un caso grave de corrupción de funcionarios, que genera un impacto negativo en los derechos fundamentales y atenta contra las bases mismas del Estado.

En este sentido, el Tribunal debió de valorar que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es un derecho absoluto y como tal admite una ponderación con el principio de buena administración y la lucha contra la corrupción, teniendo en cuenta que el principio de buena administración se encuentra reconocido en el Exp. 00017-2011-PI/TC, donde se señala que el fundamento del mismo se basa en los artículos 39 y 44 de la Constitución (2012, fundamento 15); así como, con el principio de lucha contra la corrupción, desarrollado en el Exp. 0019-2005-PI/TC, Exp. 00006-2006-PCC/TC y que tiene su base en los artículos 39 y 41 de la Constitución y es coherente con lo señalado en la Convención Interamericana contra la corrupción, que establece:

La Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio (1997, preámbulo).

Dado que, nuestra constitución exige combatir toda forma de corrupción, imponiendo la obligación al Estado de tomar medidas constitucionales a fin de reforzar las instituciones democráticas, evitando de esta forma cualquier atentado contra el Estado social y democrático de Derecho y el desarrollo integral del país.

En esa línea, teniendo en cuenta el principio de buena administración y la lucha contra la corrupción, consideramos que el Tribunal debió de valorar que, los derechos no son absolutos; y, en ese sentido, podrían ser restringidos bajo determinados supuestos con la finalidad de compatibilizar los objetivos sociales con los intereses individuales. Por lo que, es posible admitir excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida como la excepción de ponderación de intereses, en la que se aplica el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que “el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es absoluto, sino que en cada caso en concreto se verá limitado por la presencia de otros derechos y principios con los que entra en tensión” (Chanjan, s/f, p. 12).

En este sentido, la admisión de las interceptaciones telefónicas, debido a ponderar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el principio de lucha contra la corrupción y buena administración, teniendo en cuenta que el caso materia de pronunciamiento evidenciaba serios actos de corrupción realizados al interior de la administración pública, debido a las irregularidades en el proceso de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos por PETROPERU S.A., lo cual se dio a conocer a través de las conversaciones telefónicas difundidas (IDEHPUCP, 2012, p. 2). Así, el hecho de no admitir excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida generaría una lamentable situación de impunidad, en la que ni siquiera se valoraron los otros intereses constitucionales.

Culminado el análisis del primer problema, pasaremos a desarrollar y analizar el segundo problema planteado en el siguiente acápite:

6.2. El rol de los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción

6.2.1. Los medios de comunicación y los casos de corrupción de funcionarios

Los medios de comunicación han sido por mucho tiempo un recurso contra el abuso de poder; así, los periodistas y los medios de comunicación han tenido el deber de denunciar diversas violaciones a los derechos humanos a fin de brindar a los ciudadanos información con la que puedan criticar, rechazar y hacer frente, democráticamente, a aquellas decisiones ilegales e injustas (Ramonet, 2004, p. 26-27).

En ese sentido, la tarea informativa de los periodistas, sirve para procurar los derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes no pueden hacerlos valer por sí mismos (Rodríguez, 2009, p. 248), a fin de que estos busquen, reciban y difundan la información.

Así, actualmente, vivimos en un era de la información en la que no se puede concebir una democracia sin una prensa libre e independiente, que tenga la capacidad de comunicar la información de interés público que reciba. En esa línea, de no ser así, la ciudadanía se encontraría desarmada al momento de defender sus derechos (Alvares, 1999, p. 230).

Por ello, los medios de comunicación han desarrollado un papel importante en la lucha contra la corrupción; y, un claro ejemplo de ello es el caso de los vladivideos. Así, el 16 de setiembre del año 2000, se hizo una revelación televisiva, que sacudió todo el Perú, al mostrar un video en el que se observaba al congresista Alberto Kouri recibiendo 15 mil dólares del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos para formar parte de las filas del fujimorismo (Canal N, 2016). Esta emisión fue el fin del gobierno de Alberto Fujimori y significó un golpe para la corrupción dentro del Estado.

Asimismo, entre otros destapes, están los relacionados con el caso Chehade, en el cual IDL reporteros sacó a la luz una nota “Cosas de brujas” respecto a una reunión sostenida entre el entonces segundo vicepresidente de la República, Omar Chehade, y generales de la PNP (IDL-reporteros, 2020), en el cual Chehade realizó una serie de ofrecimientos a los altos miembros de la Policía Nacional del Perú a fin de ejecutar un desalojo en la Cooperativa Andahuasi; por lo que, posteriormente, fue condenado como autor del delito de cohecho activo (Torres, s/f, p. 4).

En ese sentido, los medios de comunicación desempeñan un rol muy importante en la lucha contra la corrupción, ya que investigan y destapan los actos de corrupción de funcionarios, pero también proporcionan información a la ciudadanía a fin de que puedan formar su opinión y defender sus derechos. Por lo que, es necesario que los medios de comunicación sean libres e independientes, a fin de que puedan comunicar la información de interés público que reciban; y, de esta forma, sigan revelando casos de corrupción de los que tengan conocimiento como los anteriormente desarrollados, manteniendo su rol activo en pro de los derechos.

6.2.2. Lucha contra la corrupción

La corrupción, en nuestro país, como señala Quiroz en su libro historia de la corrupción en el Perú, no es algo ocasional, sino un mal que ha actuado de forma sistematizada y se ha enraizado en las estructuras centrales de nuestro país (Quiroz, 2013, p.31). Por ello, teniendo en cuenta la gravedad que representa la misma, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción ha resaltado la importancia de la lucha anticorrupción, ya que amenaza “ la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley” (2003, preámbulo); así como, el impacto negativo que tiene sobre los derechos humanos.

En ese sentido, debido a la relevancia de estos actos de corrupción, el Estado Peruano se ha trazado como uno de sus objetivos prevenir, investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los funcionarios que violen los derechos humanos (Salmon, 2014, p. 139), lo cual no se podría lograr sin una transparencia y control de dichos actos, ya que como señala la fórmula de Klitgaard la corrupción es la suma de un monopolio del poder y la discrecionalidad de los funcionarios, sin una rendición de cuentas (Montoya, 2015, p. 23). Por lo que, para disminuirla debemos minimizar el monopolio de poder, la discrecionalidad y aumentar la rendición de cuentas.

Así, los actos de corrupción no son actos ocasionales sino que es un problema sistematizado y enraizado en nuestra estructura; por lo que, atendiendo a ello, se ha establecido la lucha contra la corrupción a fin de evitar que siga impactando negativamente en el desarrollo de nuestro país. De esta forma, se ha trazado como objetivo perseguir y lograr condenar a los funcionarios comprometidos en dichos actos; así como, lograr prevenir los mismos a través de un control previo, que solo puede concretarse con un rol activo de los ciudadanos y con la ayuda de los medios de comunicación a fin de que brinden información sobre dichos actos de corrupción.

6.2.3. Censura previa

La Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge en su artículo 13 que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el cual incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio, lo cual no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores a fin de asegurar el respeto de los derechos y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública. Asimismo, en dicho artículo, se manifiesta que no se puede restringir el derecho de expresión por medios indirectos, controles oficiales o particulares, encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Asimismo, en nuestra Constitución, se ha establecido en el inciso 4 del artículo 2 que:

Toda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

En ese sentido, bajo ese artículo se establece una proscripción a la censura previa a fin de brindarle efectividad a las libertades de expresión e información, debido a que no se podría admitir que el ejercicio de dichos derechos estén sometidos a una revisión previa por parte de las autoridades, ya que ello podría generar que se impida la difusión de cierta información u opinión (Eguiguren, 2003, p. 45).

6.2.4. Análisis del problema planteado

El Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 23 que los medios de comunicación que divulguen o difundan interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas sin una autorización de los interceptados o un mandato motivado del juez que lo apruebe por ser de interés público, podrían ser susceptibles de responsabilidad penal.

Sin embargo, dicha prohibición establecida a los medios de comunicación no valoró el rol relevante que cumplen en la formación de opinión pública y que dicha prohibición general vulnera lo dispuesto en el inciso 4 artículo 2º, respecto a la proscripción de la censura previa.

En esa línea, consideramos que la prohibición establecida en el fundamento 23 constituía una suerte de censura previa a los medios de comunicación, lo cual esta

proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, ya que no se puede admitir que el ejercicio de dichos derechos estén sometidos a una revisión previa por parte de las autoridades porque ello podría generar que se impida la difusión de cierta información u opinión y no garantizar las libertades de información y expresión.

Por otro lado, el Tribunal también afirmó que esta divulgación o difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin autorización previa, podría ser pasible de una sanción penal; sin embargo, ello no es cierto ya que el Código Penal solo sanciona a aquellos que intervengan, interfieran o escuchen una conversación telefónica o similar (1991, art. 162), más no sanciona la difusión o divulgación de información de interés público.

Asimismo, consideramos que el Tribunal no valoró el rol importante que desempeñan los medios de comunicación y los periodistas en la lucha contra la corrupción, teniendo en cuenta el papel que ya han desarrollado en la investigación y destape de grandes casos de corrupción de funcionarios. Del mismo modo, no se valoró la importancia de la transparencia y el control en la lucha contra la corrupción, que también tiene que ser desempeñada por la ciudadanía, para lo cual, deben de tener acceso a información referente a actos de corrupción, que lesionan seriamente el interés público, la institucionalidad y legitimidad del Estado.

Por último, cabe señalar, que ante el exceso que significó dicho pronunciamiento, del cual diversos magistrados se separaron, el Tribunal emitió una resolución aclaratoria sobre este fundamento, refiriendo que lo esbozado no era una censura previa, pero que sí habría un control posterior cuando los medios de comunicación difundan interceptaciones. No obstante, sobre ello, cabe aclarar, como se ha señalado previamente, que no hay sanción penal para aquellos que difundan interceptaciones de interés público, como en el presente caso, ya que la sanción solo se aplica para las personas que intervengan, interfieran o escuchen una conversación telefónica o similar, conforme el artículo 162 del Código Penal.

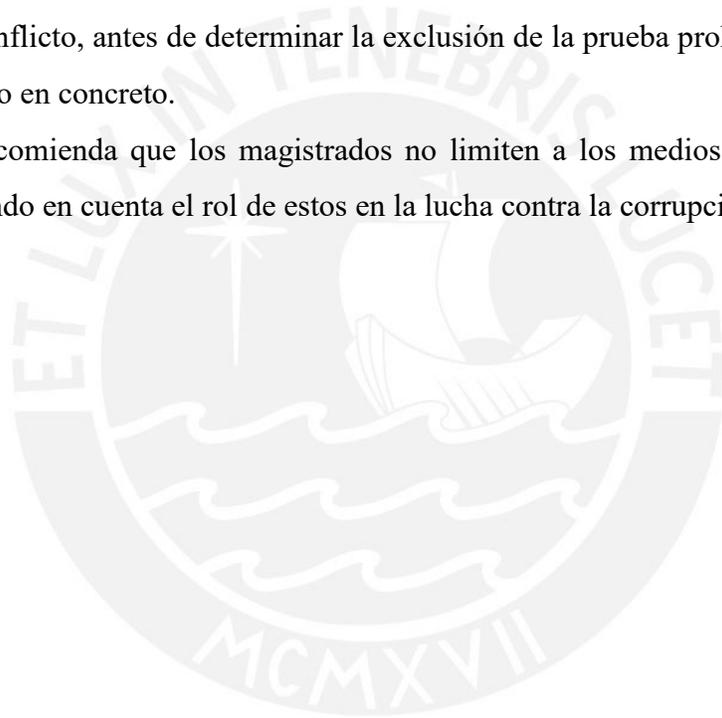
Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que los medios de comunicación en caso pretendan la difusión de interceptaciones, deberán evaluar si con ello se afecta el derecho a la vida privada de los interceptados, el cual pareciera bajo su razonamiento no admitir restricciones y ser absoluto, teniendo en cuenta su pronunciamiento; en ese sentido, con ello, indirectamente, se da el mensaje de limitar la difusión de determinada información, lo cual es perjudicial ya que, como se ha señalado, los medios de comunicación necesitan sus libertades a fin de que puedan proporcionar información sobre estos graves actos de corrupción como el caso materia de análisis, Petroaudios, teniendo en cuenta el impacto negativo, directo e indirecto, de los mismos en los derechos fundamentales. Así, la ciudadanía necesita dicha información para formar su opinión y defender sus derechos. Por lo que, es necesario que los medios de comunicación puedan comunicar la información de interés público que reciban; y, de esta forma, sigan revelando casos de corrupción de los que tengan conocimiento como los anteriormente desarrollados (vladivideos, caso chehade, otros).

Conclusiones

- La prueba prohibida, originada en la jurisprudencia estadounidense, estableció la “exclusionary rule”, que implica que se excluyen del proceso aquellas evidencias que hayan sido obtenidas con violación de derechos constitucionales. Sin embargo, dicha consecuencia jurídica, ha ido desarrollando excepciones, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto y el descontento que ha generado la misma en la resolución de casos, ya que su exclusión ha generado que se pierda prueba importante e impunidad en graves casos como los casos de corrupción de funcionarios.
- La interceptaciones telefónicas realizadas a Alberto Quimper se obtuvieron con vulneración al derecho fundamental del secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones; por lo que, constituyen prueba prohibida. Sin embargo, sobre la admisibilidad de dichas pruebas se debió de aplicar la excepción de ponderación de intereses y ponderar entre el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y el principio de buena administración y la lucha contra la corrupción, admitiéndose de esta forma las conversaciones interceptadas y difundidas, teniendo en cuenta que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones puede ser restringido bajo determinados supuestos con la finalidad de compatibilizar los objetivos sociales con los intereses individuales.
- Las conversaciones interceptadas y grabadas, en el presente caso, podían ser difundidas por los medios de comunicación sin la necesidad de una autorización previa, teniendo en cuenta la proscripción de la censura previa y el rol importante de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción.
- La divulgación o difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin autorización previa, podría ser pasible de una sanción penal; sin embargo, el Código Penal solo sanciona a aquellos que intervengan, interfieran o escuchen una conversación telefónica o similar, conforme al artículo 162 del Código Penal, más no sanciona la difusión o divulgación de información de interés público.

Recomendaciones

- Se recomienda que los magistrados, antes de emitir un pronunciamiento, analicen el caso en concreto, a fin de evitar que sus fundamentos generen reglas generales que no se pueden aplicar a todos los casos.
- Se recomienda que los magistrados admitan excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, valorando que los derechos no son absolutos y los efectos de la exclusión de la misma.
- Se recomienda que los magistrados realicen una ponderación entre los derechos en conflicto, antes de determinar la exclusión de la prueba prohibida, analizando el caso en concreto.
- Se recomienda que los magistrados no limiten a los medios de comunicación teniendo en cuenta el rol de estos en la lucha contra la corrupción.



Referencias Bibliográficas

Abad, S (2012). El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial. Pensamiento constitucional Año XVI N 16/ISSN 1027-6769.

Álvarez. E. (1999). El rol de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción una perspectiva desde la sociedad civil. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Asencio, J (2008). La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal. Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

CanalN (2016). *Vladivideos: 16 años de la cinta que derrumbó el gobierno de Fujimori*. <https://canaln.pe/actualidad/vladivideos-15-anos-cinta-que-derrumbo-gobierno-fujimori197836>

Chanjan, R. (s/f). Sobre la ¿ilicitud? De unas pruebas y una sentencia breves apuntes sobre la sentencia del caso petroaudios. Comentario académico. Boletín anticorrupción y justicia penal. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentariopetroaudios.pdf>

Costa, M. (2012). *La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones*. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 139.

Eguiguren, F (s/f). Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Ius et veritas* 27.

Guevara, I. (2018). La prueba prohibida. Ocaso o replanteamiento de sus bases a partir del interés público. *L. a prueba en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición: Enero 2018, 20.

IDEHPUCP (2012). Caso Petro-Audios. *Crónica Judicial*. Marzo 2012.

IDL-reporteros (2020). *Acuña y las brujas de cachiche*. <https://www.idl-reporteros.pe/acunay-las-brujas-cachiche/>

Luna, E. (2014). Sobre la legitimación constitucional del Ombudsman peruano para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la administración pública y un ejemplo paradigmático de su praxis. *Buen Gobierno y Derechos Humanos*. IDEHPUCP.

Miranda, M (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense*. Crónica de una muerte anunciada. Madrid: Marcial Pons.

Medina, R. (2017). *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado*. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Perú: IDEHPUCP.

Pisfil, D. (2018). La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Lima: Editores del Centro E.I.R.L.

Quiroz, A. (2013). Historia de la corrupción en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Ramonet, I. (2004). Información, comunicación y globalización, el quinto poder. Revista Latinoamericana de Comunicaciones CHASQUI, diciembre, numero 088. Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicaciones para América Latina.

Rodríguez, M (2009). Medios de comunicación y derechos humanos: Los hechos y los derechos. Miscelanea Comillas. Vol. 67 (2009), num. 130. Pp. 235-255.

San Martín, C. (2015). Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Primera edición: Noviembre 2015.

Salmon, E. (2014). El buen gobierno en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y su relevancia para el Estado Peruano. Buen Gobierno y Derechos Humanos. IDEHPUCP. 139

Simarro, M. (2020). La prueba prohibida: ¿Del pasado ordalico al futuro garantismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto. Editorial Reus.

Torres, D (s/f). Caso Miguel Chehade Moya. Sentencia de Segunda Instancia recaída en el Expediente N 00034-2012-7. Proyecto anticorrupción del ICEHPUCP. Comentario Jurisprudencia. P. 4-7.

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wpcontent/uploads/2012/07/COMENTARIO.pdf>

Jurisprudencia

Acta de sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” (11 de diciembre del 2004). Corte Suprema de Justicia de la República. Recuperado de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/08/15213017/plenojurisdiccional-superior-nacional-penal-11-12-2004.pdf>

Casación civil N° 342-2001-Lima (17 de septiembre del 2004). Corte Suprema de Justicia de la República.

Exp. N° A.V. 19-2001 (24 de abril del 2009). Corte Suprema de Justicia de la República.

Exp. N° 0019-2005-PI/TC (21 de julio de 2005). Tribunal Constitucional.

Exp. N° 3482-2005-PHC/TC (27 de junio del 2005). Tribunal Constitucional.

Exp. N° 005741-2006-PA/TC (11 de diciembre de 2006). Tribunal Constitucional.

Exp. N° 00006-2006-PCC/TC (23 de abril de 2007). Tribunal Constitucional.

Exp. N° 00017-2011-PI/TC (03 de mayo de 2012). Tribunal Constitucional.
Pleno Sentencia 166/2021. Exp. N 02481-2019-HD/TC (02 de febrero del 2021). Tribunal Constitucional.

Recurso de Nulidad N° 4826-2005 – 2007 (19 de julio del 2007). Corte Suprema de Justicia de la República.

Cuerpos Normativos

Constitución Política de la Republica Peruana (10 de junio de 1834). Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1834/Cons1834_TEXTO.pdf

Constitución para la República del Perú (18 de enero de 1920). Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

Constitución para la República del Perú (12 de julio de 1979). Recuperado de <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993)

Convención Interamericana contra la corrupción (20 de marzo de 1997).

Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (31 de octubre de 2003).

Decreto Legislativo n. 635. Código Penal (08 de abril de 1991)

Decreto Legislativo n. 957. Nuevo código Procesal Penal (29 de julio de 2009)