

COMENTARIO ACADÉMICO

SOBRE LA ¿ILICITUD? DE UNAS PRUEBAS Y UNA SENTENCIA

BREVES APUNTES SOBRE LA SENTENCIA DEL CASO PETROAUDIOS

Por: Rafael H. Chanjan Documet

Master en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España) y Miembro del DEPEC



Hace ya más de siete años que se difundieron en un medio de comunicación televisivo los audios que darían cuenta de una de las más vergonzosas y graves manifestaciones del entramado corrupto que se habría asentado en diversas instituciones del Estado del anterior Gobierno del Presidente Alan García Pérez. Me refiero al caso denominado “Petroaudios”, el cual esencialmente giraba en torno a las presuntas comisiones ilícitas que se discutían y repartían entre el –en ese momento- Director del directorio de Perú-Petro, Alberto Quimper Herrera, y el ex ministro de Estado, Rómulo

León Alegría, respecto de la ayuda subrepticia que se habría otorgado a la empresa Discover Petroleum de Noruega para que obtenga la buena pro de concesiones de lotes petroleros en el Perú.

Luego de un accidentado y excesivamente prolongado proceso penal, recientemente -el 16 de febrero del presente año para ser exactos- la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (la Sala Penal, en adelante) dictó finalmente sentencia en el caso, absolviendo a Rómulo León Alegría y a otros de todos los cargos formulados en su contra por los delitos de tráfico de influencias, cohecho pasivo propio y negociación incompatible.

Uno de los principales argumentos que esgrime la basta sentencia en mención para absolver al ex ministro Rómulo León y a otros fue que buena parte de los medios probatorios que sustentaron la acusación fiscal constituían lo que se denomina “prueba prohibida” o “prueba ilícita”. La Sala Penal -desde el fundamento 18° al 22°- abunda sobre las razones por las que, a su entender, los audios difundidos masivamente, así como los medios probatorios derivados de ellos, deben ser excluidos del proceso penal. A continuación, se hará un breve análisis de estos fundamentos y se expondrán las razones por las cuales dicha exclusión de medios probatorios resulta, ciertamente, erróneo y criticable.

1. Sobre el concepto y alcance de la institución de la “prueba ilícita”

Según la Tercera Sala Penal Liquidadora, la prueba ilícita se define como *“aquella obtenida directa o indirectamente con vulneración del contenido esencial de un derecho constitucional”*¹. De manera literal, la sentencia establece lo siguiente respecto de la prueba ilícita:

“Al respecto es de precisar que tanto la doctrina nacional más influyente, como la jurisprudencia reciente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, coinciden al considerar que la prueba ilícita, vulnera la garantía de la presunción de inocencia (...) en su ámbito de regla de prueba -una de las cuales es justamente su interdicción-; así como la garantía genérica del debido proceso (...); siendo que su utilización “importa una infracción a los derechos funda-

1 Sentencia de la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 105-2008 de 16 de febrero de 2016, p. 396.

mentales o garantías procesales constitucionalizadas”. Por su parte, el Tribunal Constitucional considera que la prueba prohibida –entiéndase la interdicción de la prueba ilícita- es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea 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 (...)”².

En efecto, como bien lo señala la sentencia citada, la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos³ se ha pronunciado sobre el concepto, alcance y consecuencias de la institución de la prueba ilícita o prohibida, estableciendo que se trata de una garantía que limita la actuación probatoria en un proceso. Conforme lo establece el Art. VIII. del Código Procesal Penal, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. En estricto, será prohibida o ilícita aquella prueba obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales⁴.

El reconocimiento de esta garantía procesal ha sido efectuado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, una de ellas la N° 655-2010-PHC/TC citada por la propia Sala Penal, la cual reconoce a la “prueba prohibida” como auténtico derecho fundamental. Sobre el particular, sin pretender profundizar sobre este tema, creo que, antes que un derecho fundamental, la prueba prohibida constituye una garantía de anclaje constitucional –en el derecho fundamental a un debido proceso por ejemplo- de naturaleza procesal⁵ que protege a la persona frente a la vulneración de sus derechos⁶.

2 *Ibíd.* p. 396 y 397.

3 Se pueden mencionar ejemplificativamente el R.N. N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009, el R.N N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004, el R.N N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009, entre otros. A mayor abundamiento ver PROYECTO ANTICORRUPCIÓN. La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú. Boletín N° 6. Setiembre 2011. pp. 4-7. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2011_n06.pdf. Visitado el 12 de mayo de 2016.

4 SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Tomo II. 2da edición. Lima: Grijley, 2006. p. 871.

5 *Ibíd.* p. 867.

6 Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. El problema de la prueba ilícita. En: Proceso y Constitución. Lima. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal. ARA: Lima, 2011. p. 388.

De otro lado, en cuanto a la extensión de la regla de la exclusión de la prueba que se aplica para estos casos, la sentencia de la Sala Penal hace referencia a previos pronunciamientos de la Corte Suprema, como la recaída en el R.N N° 1589-2013-LIMA de 6 de agosto de 2013 y el R.N N° 2874-2013-EL SANTA, de 13 de marzo de 2014, señalando que los efectos de la prueba prohibida no sólo recaen sobre la fuente de prueba originalmente obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sino también sobre todas aquellas pruebas derivadas de esta. Y es que, esto es así, debido a los efectos reflejos o indirectos que producen las pruebas ilícitas sobre otras, conforme lo sostiene la doctrina de los frutos del árbol envenenado⁷.

2. Sobre las consecuencias de la prueba ilícita

En la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada se debate respecto de la naturaleza de las consecuencias jurídicas que genera la prueba ilícita. Se discute si ésta convierte al medio de prueba en ineficaz, nulo, inutilizable, invalorable, inefectivo, etc.⁸ La Sala Penal, en el presente caso, no toma una postura clara sobre este asunto,

«Uno de los principales argumentos que esgrime la basta sentencia en mención para absolver al ex ministro Rómulo León y a otros fue que buena parte de los medios probatorios que sustentaron la acusación fiscal constituían lo que se denomina “prueba prohibida” o “prueba ilícita”.»

7 Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch: Barcelona, 1999. p. 107.

8 Ver al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La regla de la exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación. Jueces para la democracia. N° 47. 2003. pp. 53-66; y PROYECTO ANTICORRUPCIÓN. op. cit. p. 5.

pues en diversas partes de su sentencia cita a pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en las que algunas veces se dice que la prueba ilícita es inutilizable o invalorable⁹, carecen utilidad o de valor legal (invalidez)¹⁰, o son simplemente invalorables¹¹.

No obstante, la Sala Penal -en una parte de su sentencia- sostiene que son “inadmisibles” diversos medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público (v. gr. el acta fiscal de allanamiento y descerraje practicados en el inmueble de Rómulo León, el acta de recepción del CPU de Rómulo León, los correos electrónicos extraídos del CPU de Rómulo León, etc.), en la medida que derivan directamente de los audios que constituyen prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Literalmente, la Sala Penal señala lo siguiente:

“Que, en atención a su vínculo causal directo con los audios antes mencionados -producto de la interceptación ilícita de las comunicaciones de dichos procesados- considerados como prueba ilícita directa, durante el estadio de ofrecimiento de piezas documentales para oralización y debate, el Colegiado Juzgador declaró inadmisibile la incorporación al acervo probatorio del juicio, por alcanzarles prohibición probatoria -dada su condición de prueba ilícita derivada o indirecta- (...)”¹²

De otro lado, la Sala Penal “excluye” del acervo probatorio del proceso penal los tres informes elaborados por la Contraloría General de la República sobre el presente caso, puesto que se señala que ellos habrían tenido su origen en la información que se obtuvo ilícitamente de los audios difundidos masivamente -con vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones-, tanto es así que -señala la Sala- las transcripciones de dichos audios se encontraban como anexos a los referidos informes. En tal sentido, la Sala Penal sostiene lo siguiente:

“Que, siendo estos así, los informes en comento son alcanzados por la ilicitud probatoria derivada de los referidos audios, dada su conexión con éstos al to-

9 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0065-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010.

10 R.N. N° 1589-2013-LIMA de 6 de agosto de 2013.

11 R.N. N° 2874-2013-EL SANTA de 13 de marzo de 2014.

12 Sentencia de la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente N° 105-2008 de 16 de febrero de 2016, p. 400.



marlos como referentes, por lo que se debe inferir que tales informes se orientan en función de la información contenida en las comunicaciones telefónicas contenidas en los mencionados audios (entiéndase su transcripción), lo que determina su ilicitud como prueba ilícita derivada o indirecta, razón por la que en armonía con las consideraciones expresadas en los considerandos precedentes, con relación a la prueba ilícita, corresponde excluir del caudal probatorio del juicio los informes en mención”¹³.

3. Sobre la ¿ilicitud? de la prueba en el caso

Según lo sostenido por la Sala Penal, los audios difundidos en un canal de televisión serían ilícitos -y, por ende, merecen ser excluidos-, dado que vulnerarían el contenido esencial del derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de Rómulo León Alegría y otros. Dicha vulneración, según argumenta la Sala, sería más clara en este caso, ya que existe una sentencia judicial previa que así lo determina (sentencia recaída en el caso denominado “Business Track”¹⁴); en palabras de la Sala Penal:

“Siendo menester precisar que a diferencia de los casos en que, últimamente se ha establecido jurisprudencialmente, por la Corte Suprema de Justicia de la República, la exclusión de la prueba directa e indirecta obtenida mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales; en el presente caso la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba, ha sido establecida judicialmente en sentencia ejecutoriada, constituyendo verdad lega; en virtud de los cual, la evidencia de tal ilicitud probatoria resulta incontrovertible y de obligatoria declaración (...)”¹⁵

Ante ello, cabe efectuar las siguiente interrogantes ¿Realmente se vulneró el contenido esencial del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las

13 *Ibíd.* p. 402-403.

14 Sentencia recaída en el Exp. N° 99-2009 (527-2009) emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima.

15 *Ibíd.* p. 400.

comunicaciones? ¿Es que la sentencia recaída en el caso “Business Track” determinó que se vulneró el contenido esencial de dicho derecho fundamental?

En principio, habría que señalar que el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el artículo 2° inciso 10° de la Constitución, garantiza que las comunicaciones y documentos privados no sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello¹⁶. Ahora, como todo derecho fundamental, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es absoluto, sino que en cada caso concreto se verá limitado por la presencia de otros derechos y principios con los que entra en tensión¹⁷. En aras de que esta limitación resulte constitucionalmente razonable se utiliza el test de proporcionalidad o ponderación como instrumento para salvaguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual es intangible¹⁸.

Pues bien, como el propio artículo VIII el Código Procesal Penal establece, sólo cuando se afecte el contenido esencial de un derecho fundamental en la obtención de pruebas se aplicará la regla de exclusión. Luego ¿Cómo es que, en este caso, la Sala Penal llegó a concluir que se vulneró el contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones si no se llevó a cabo un examen de proporcionalidad? El desarrollo y aplicación del test de ponderación o proporcionalidad en este caso era imprescindible, pues el derecho fundamental mencionado entró en conflicto con otro interés o valor de rango constitucional como lo es la lucha institucional contra la corrupción¹⁹.

La Sala Penal excluye la valoración de los audios y los demás medios de prueba derivados de ellos sólo por considerar que los audios ya habían sido antes declarados ilícitos por parte de otro órgano jurisdiccional; no obstante, si la Sala hubiera realizado un análisis exhaustivo de la sentencia judicial del caso “Business Track” a la que hace referencia, se daría cuenta

16 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2863-2002-AA/TC de 29 de enero de 2003, Fundamento 3°.

17 LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra: Lima, 2010. p. 21,

18 *Ibid.* p. 25-26.

19 Sobre este valor o interés de rango constitucional ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0019-2005-AI/TC de 21 de julio de 2006, fundamento 59°; y la sentencia N° 0017-2011-AI/TC de 3 de mayo de 2012, fundamentos 14° al 21°.

de que esta resolución en ninguna parte señala que se vulneró el contenido esencial del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas de Rómulo León y los otros implicados.

Resulta criticable, por tanto, que la Sala Penal no haya considerado que la regla de la exclusión de la prueba ilícita tiene excepciones, siendo una de ellas la excepción de la “ponderación de intereses” o excepción del “principio de proporcionalidad”. Esta excepción, reconocida por la Corte Suprema²⁰ y el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 2004²¹, permite la valoración de la prueba prohibida cuando se encuentra de por medio intereses de mayor intensidad como, por ejemplo, los constituidos por los bienes jurídicos que se protegen en la criminalidad organizada o en los delitos de corrupción.

En este caso, a mi juicio, la Sala Penal debió valorar los audios y las demás pruebas derivadas de ellos en aplicación del test de ponderación (excepción de la ponderación de intereses), puesto que los hechos enjuiciados revestían connotaciones de suma gravedad y eran de interés nacional al relacionarse con actos de corrupción en asuntos muy importantes para el país como la explotación de lotes petroleros cometidos por funcionarios y ex funcionarios públicos de alto rango de esa época. En este caso, por tanto, no se debió excluir la valoración de las pruebas, pues no se vulneró el contenido esencial del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, sino solo se vio limitado por la prevalencia del interés constitucional del Estado y la sociedad de luchar contra graves actos de corrupción pública como los presentes.

Por todo ello, es ciertamente preocupante la situación de impunidad que genera la sentencia de la Sala Penal, más aun si se tiene en cuenta el déficit de fundamentación que se ha detectado en ella. Esperemos que pronto el sistema de justicia revierta esta situación a fin de demostrar que la lucha contra la corrupción no representa solo un discurso de buenas intenciones, sino un principio y valor que guía la actuación de las y los funcionarios públicos y se aplica por parte de las y los operadores de justicia que investigan y procesan actos graves de corrupción pública.

20 Ver el R.N. N° 4826-2005 del 19 de julio de 2007 (Caso “EL Polo II”).

21 Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal, penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre 2004, Acuerdo 5°.