

**DISCUSIÓN SOBRE LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA
Y LA BÚSQUEDA DE LA IMPUNIDAD
A propósito del Caso Baltazar Garzón
Denis Adán Aguilar Cabrera¹**

Fecha de publicación: 01/01/2014

SUMARIO: I. INTRODUCCION II. OPERACIÓN GÜRTEL: CRONOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN POR CORRUPCIÓN 2.1. Año 2009. 2.2. Año 2010. 2.3. Año 2011. 2.4. Año 2012. 2.5. Año 2013. 2.6. Claves para entender el Caso Gürtel. 2.6.1. ¿Qué se investiga? 2.6.2. ¿Qué dice el auto del juez Garzón? 2.6.3. ¿Cuántas personas están imputadas y cuántas en prisión? 2.6.4. ¿Cuántos cargos del PP se han visto salpicados y quiénes han dimitido? 2.6.5. ¿Qué empresas están involucradas en la trama? 2.6.6. ¿Por qué el PP quiso personarse como acusación particular? 2.6.7. ¿Por qué los populares presentaron la recusación de Garzón? 2.6.8. ¿Por qué pidieron la inhibición de Garzón del caso? 2.6.9. ¿Por qué decidió finalmente Garzón inhibirse de la investigación? III. CORRIENTE JURIDICA O FILOSOFICA GENERAL. 3.1. Derechos fundamentales, proceso penal y constitución 3.2. Límites a los derechos fundamentales en el proceso penal 3.3. El Principio de Proporcionalidad IV. LA PRUEBA ILÍCITA 4.1. Los Límites del Derecho a la Prueba 4.2. Noción de la Prueba Ilícita 4.3. Posturas sobre la admisión de la prueba ilícita 4.3.1. Posturas a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita 4.3.2. Posturas en contra de la admisibilidad y apreciabilidad 4.3.3. Posturas intermedias. 4.4. Los efectos reflejos de la prueba ilícita 4.5. Las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita 4.6. La prueba prohibida en la jurisprudencia de la corte suprema. 4.6.1. Consecuencias jurídicas de la prueba prohibida.

¹ Es Abogado por la Universidad San Pedro – Chimbote. Docente Investigador en la Universidad ULADECH Católica, Consultor – Asesor en Tesis de Pre y Post-grado en A & C – Consultores, investigador en temas derecho penal, miembro del Estudio Rodríguez & Aguilar Abogado, estudios de maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la USP, e-mail: denisac_abogado@hotmail.com

V. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA 5.1. Característica de la Pena 5.2. Problemática en torno a la desproporcionalidad en la aplicación de las penas 5.2.1. Estado de la cuestión 5.2.2. Puntos problemáticos 5.2.3. Principio de proporcionalidad en la aplicación de medidas coercitivas VI. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA CONTRAVIENE EL DEBIDO PROCESO PENAL PERUANO 6.1. El Derecho a Defensa. VII. DERECHO A LA INTIMIDAD. VIII. CONCLUSIONES. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.

RESUMEN

En el presente trabajo aborda el Caso del Juez Garzón, en la que se discute sobre la legalidad de prueba cuando éstas son recogidas a través de grabaciones sin autorización, asimismo, se abre el debate sobre la impunidad y la legalidad de prueba, ahora bien, este debate o lucha de intereses y bienes jurídicos, nos hace reflexionar hasta qué punto, en la lucha contra la impunidad, puede vulnerar derechos fundamentales, para ello se ha desarrollado criterios dogmáticos y normativos, así como una cronología de los hechos.

PALABRAS CLAVES

Legalidad, prueba, impunidad.

I. INTRODUCCION

La Audiencia Nacional por orden del juez Garzón, abrió una investigación por una supuesta trama de corrupción que operaba en Madrid, Valencia y la Costa del Sol. A los implicados se les acusa de blanqueo de capitales, fraude fiscal, cohecho y tráfico de influencias. La trama se denomina Gürtel ("cinturón" en alemán, mientras que gürt significa "correa") por el apellido de Francisco Correa, principal sospechoso de encabezar la red. Actualmente hay 71 imputados relacionados con el Partido Popular.

Tras las peticiones de la Fiscalía y el Partido Popular, y los indicios hallados contra aforados (diputados, senadores y otros altos cargos políticos que no pueden ser juzgados por la Audiencia Nacional), el juez Garzón se inhiere del caso y cede la investigación de la presunta trama a los tribunales superiores de Valencia y Madrid, dejando un caso con 43 imputados vinculados al Partido Popular, aunque antes de hacerlo ordenó, a instancias de la Fiscalía Anticorrupción, las escuchas a las conversaciones entre los imputados y sus abogados, que fueron anuladas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y posteriormente motivaron la presentación

de una querrela ante el Supremo por supuesta prevaricación y vulneración de la intimidad. El Partido Popular —que había tratado, sin resultado, de recusar a Garzón como instructor del caso alegando "enemistad manifiesta contra el partido" e "interés directo e indirecto", luego se querelló por prevaricación contra él, siendo dicha querrela desestimada— expresó en un comunicado que celebraba que la querrela contra Garzón por las escuchas se admitiese a trámite.

El 25 de febrero de 2010, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España admitió a trámite la querrela presentada por el abogado Ignacio Peláez, defensor del empresario José Luis Ulibarri, presidente del grupo Begar y propietario de Televisión Castilla y León, implicado por las escuchas del caso Gürtel. La querrela estaba motivada en el hecho de que Garzón ordenara grabar las conversaciones de los presos encausados por dicha trama con sus abogados, por lo que entendía que el juez habría podido incurrir en prevaricación y vulneración de la intimidad. Estas escuchas ya fueron anuladas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al considerar que dicha intervención vulneraba "el derecho de defensa y el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, así como el derecho a un proceso público con todas las garantías". El magistrado del Tribunal Supremo Alberto Jorge Barreiro, en su Auto de 19/10/2010 afirma que Garzón ordenó las escuchas interpretando la ley "de forma errónea" y, sin motivación alguna, ante la "mera posibilidad" de que los letrados actuaran de "enlaces" de la trama de corrupción con el exterior y pese a no tener contra los abogados sospechas ciertas. Esta actuación "conducía, sin apenas escapatoria alguna, a la irremediable laminación del derecho de defensa" y con ello, Garzón "transmutó el ejercicio de este derecho fundamental en un instrumento idóneo para la autoincriminación de los imputados internos en prisión, desarbolando o desactivando cualquier estrategia defensiva que pudieran poner en práctica los letrados".

El 9 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo condenó al juez Garzón por prevaricación de forma unánime con la pena de "11 años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado con pérdida definitiva del cargo que ostenta". El pleno del Consejo General del Poder Judicial, convocado el 23 de febrero de 2012, ratificó, con el apoyo de 20 de sus 21 miembros, la expulsión de la carrera judicial del juez Garzón².

² Enciclopedia Libre WIKIPEDIA. *Baltasar Garzón*. Consulta: junio, 26 de 2013. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Baltasar_Garz%C3%B3n#Caso_G.C3.BCrtel

II. OPERACIÓN GÜRTEL: CRONOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN POR CORRUPCIÓN

La '**operación Gürtel**' ('correa' en alemán, denominada así por el apellido de Francisco Correa considerado el líder de la trama de corrupción), ha costado ya el puesto a **tres alcaldes, una concejal**, un consejero de la Comunidad de Madrid, un **diputado**, un director general de Ayuntamiento, **dos cargos de confianza**; y el último, el tesorero del PP, Luis Bárcenas. Todos son del PP. Este es el desarrollo cronológico para entender la presunta red de corrupción y connivencia entre empresas y políticos³.

2.1. Año 2009.

- ✓ **6 de febrero:** La Audiencia Nacional, por orden del juez Garzón, abre una investigación por una supuesta trama de corrupción que operaba en Madrid, Valencia y la Costa del Sol. A los implicados se les acusa de **blanqueo de capitales, fraude fiscal**, cohecho y tráfico de influencias. Comienzan a surgir los **vínculos de los detenidos con el PP**: uno de los cinco detenidos es un empresario muy ligado al **Ayuntamiento de Boadilla del Monte**, del PP. Después de saber que el detenido es **Francisco Correa**, al que se considera cabecilla de la supuesta red corrupta.
- ✓ **8 de febrero:** Salen a la luz en distintos medios de comunicación los nombres de algunos de los miembros del PP presuntamente implicados en la trama: **Arturo González Panero**, alcalde de Boadilla del Monte; **Guillermo Ortega**, gerente del Mercado Puerta de Toledo en Madrid; y **Alberto López Viejo**, consejero de Deportes de la Comunidad de Madrid.
- ✓ **9 de febrero:** Ante las sospechas de la imputación de González Panero, López Viejo y Ortega, comienzan las dimisiones. La más sonada, la del consejero de Esperanza Aguirre, López Viejo; también cesa en su puesto Guillermo Ortega y Rajoy anuncia la dimisión del alcalde de Boadilla, aunque **González Panero** tardó 24 horas en hacerlo, desmintió a Rajoy y finalmente dimitió como alcalde, pero no como concejal. Un **nuevo detenido** se suma a la lista: Álvaro Pérez Alonso, responsable de la empresa Orange Market, que organizó actos para el PP.
- ✓ **10 de febrero:** Garzón amplía su auto y ya son 37 los imputados en la presunta trama. El PP se queja ante el juez de la Audiencia por las

³ Noticias Digital 20Minutos.es. *Operación Gürtel*. Consulta: junio, 27 de 2013. Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/455013/0/gurtel/cronologia/corrupcion/>

filtraciones del sumario que llegan a la prensa y 24 horas después pide la recusación del juez y anuncia el fin del pacto de la Justicia firmado por el Gobierno al conocerse que el entonces ministro **Bermejo** coincidió con Garzón en una cacería sólo un día después de que saliera a la luz la operación de la Audiencia Nacional.

- ✓ **12 de febrero:** Garzón manda a prisión a tres de los detenidos por la presunta trama corrupta: Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez. El juez los acusa de delitos de blanqueo de capitales, tráfico de influencias, defraudación y cohecho. Por otro lado, queda en libertad Álvaro Pérez Alonso.
- ✓ **19 de febrero:** Dos periódicos relacionan al presidente valenciano, **Francisco Camps**, con la trama. Al parecer, habría conseguido trajes por valor de 30.000 euros por favores a la trama. Camps comparece esa misma mañana para desmentir por completo las acusaciones y defiende sus "**20 años de vida pública al servicio del interés general**".
- ✓ **20 de febrero:** Nueva víctima política por la trama en la Comunidad de Madrid. **Alberto Ruiz-Gallardón** cesa a **José Javier Nombela**, asesor del presidente de la Junta de Distrito de Moncloa de Madrid, también imputado por Garzón. También fue apartado de su cargo el director de la Empresa Municipal de la Empresa y el Suelo, Guillermo Pariente. En plena investigación, el juez Garzón ingresa en una clínica por una crisis de ansiedad, un día después le dan el alta. Durante su baja, se encarga del caso el **juez Pedraz**, que se limitó a aplazar las declaraciones que Garzón tenía previstas.
- ✓ **25 de febrero:** Con Garzón recién incorporado al trabajo, el PP presenta una querrela contra el juez por prevaricación. Horas después, el magistrado implica en la trama al eurodiputado del PP **Gerardo Galeote** y al senador Luis Bárcenas. Además, Garzón desmiente las informaciones aparecidas en prensa que involucran en la trama al diputado del PP **Esteban González Pons**. Lejos de celebrarlo, el PP acusa al juez de haberse saltado el secreto del sumario del caso.
- ✓ **5 de marzo:** Tras las peticiones de la Fiscalía y el PP, y los indicios hallados contra aforados (diputados, senadores y otros altos cargos políticos que no pueden ser juzgados por la Audiencia Nacional), el juez Garzón se inhibe del caso 'Gürtel' y cede la investigación de la presunta trama a los tribunales superiores de Valencia y Madrid. El juez amplía las **imputaciones a otros seis miembros del PP:**

Francisco **Camps** (presidente de la Comunidad Valenciana); **Ricardo Costa** (secretario general del PP en Valencia); **Alberto López Viejo** (ex consejero de Deportes de la Comunidad de Madrid), Arturo **González Panero** (ex alcalde de Boadilla del Monte), **Jesús Sepúlveda** (alcalde de Pozuelo de Alarcón) y **Ginés López** (alcalde de Arganda del Rey). Tras finalizar los interrogatorios, Garzón deja en libertad a 34 de los 37 imputados. Por ahora, sólo están en prisión Francisco Correa, y sus dos socios, **Pablo Crespo** y **Antoine Sánchez**.

- ✓ **6 de marzo:** El caso 'Gürtel' se cobra otras dos víctimas en el PP. Dimiten los alcaldes de Arganda del Rey, **Ginés López**, y Pozuelo de Alarcón, **Jesús Sepúlveda**. Por otra parte dimite el **director general del Ayuntamiento de Boadilla del Monte** y vicepresidente de la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda (EMSV), Tomás Martín Morales, presenta su dimisión a petición del alcalde, Juan Sigüero (PP), tras conocerse su imputación en el caso Gürtel. El PP anuncia que **suspende de militancia** a todos los miembros del partido imputados por Garzón, **a excepción de los aforados** de la Comunidad de Madrid hasta que se pronuncie el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- ✓ **12 de marzo:** Mariano **Rajoy** insiste en desvincular a su partido de la trama corrupta. Asegura que la gente de Francisco Correa "no ha entregado ni un sólo euro al PP" y defiende a ultranza a **Francisco Camps**. Además, dice que "habrá que demostrar" que Correa regaló **un Jaguar de 8 millones de pesetas** al ex alcalde de Pozuelo, casado con la diputada 'popular' **Ana Mato**.
- ✓ **15 de marzo:** **José Tomás**, supuesto sastre de Francisco Camps, asegura en un entrevista en el diario *El País* que **el presidente valenciano le llamó en varias ocasiones** muy nervioso para saber si había facturas de trajes a su nombre cuando supo que declararía ante el juez Garzón. Asimismo, Tomás indica que los trajes de lujo que regalaba a políticos valencianos eran **pagados por Orange Market con billetes de 500 euros**.
- ✓ **17 de marzo:** Los tres únicos imputados encarcelados por el 'caso Gürtel' -el líder de la supuesta trama, **Francisco Correa**, y sus presuntos colaboradores **Antoine Sánchez** y **Pablo Crespo**- acuden a la Audiencia Nacional para **abrir su correspondencia ante el juez Baltasar Garzón**. La ley permite al magistrado aplicar esta medida

para saber si en las cartas recibidas en la cárcel hay algo de **interés para su investigación.**

- ✓ **27 de marzo:** Baltasar Garzón imputa a otras diez personas en la llamada 'Operación Gürtel', con lo que el **número de imputados se eleva a 55**. Algunos de estos nuevos imputados están supuestamente relacionados con los negocios del ex alcalde de Boadilla del Monte (Madrid), el imputado Arturo González Panero, y otros con los despachos de abogados que utilizaba la trama de corrupción liderada por Francisco Correa para sus actividades fuera de España. El lunes 30 de marzo los deja en libertad.
- ✓ **31 de marzo:** La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) acuerda aceptar la inhibición planteada por el juez de la Audiencia Nacional **Baltasar Garzón** en la investigación de la presunta trama de corrupción destapada en la '**Operación Gürtel**', al encontrar indicios de corrupción en tres diputados del PP en la Asamblea de Madrid. Se trata de **Alberto López Viejo**, Benjamín **Martín Vasco** y **Alfonso Bosch**, que según el tribunal podrían haber cometido **cohecho y tráfico de influencias**. Además, Garzón acusa al tesorero del PP, **Luis Bárcenas**, de recibir **1.353.000 euros** de la organización liderada por el empresario Francisco Correa. En su auto también señala que el senador popular **Gerardo Galeote** pudo percibir de Correa la cantidad de **652.000 euros**.
- ✓ **2 de abril.** El diputado autonómico del PP Benjamín Martín Vasco, supuestamente implicado en la trama, dimite como portavoz adjunto del grupo popular de la Asamblea de Madrid. Es uno de los tres diputados del PP de la Asamblea, junto a Alberto López Viejo y Alfonso Bosh, sobre los que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) ve indicios de posibles delitos.
- ✓ **14 de abril.** La Fiscalía Anticorrupción solicita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que tome declaración al **presidente de la Generalitat**, Francisco Camps, y al portavoz del PP en Les Corts Valencianes, **Ricardo Costa**, para esclarecer su supuesta relación con el caso.
- ✓ **5 de mayo.** El **Partido Popular** suspende **cautelaramente de militancia** a los diputados de la Asamblea de Madrid Alfonso Bosch y Benjamín Martín Vasco, imputados en el 'caso Gürtel', así como al parlamentario regional y ex consejero de Deportes madrileño Alberto López Viejo, implicado en la causa. La decisión la adopta el Comité

de Derechos y Garantías, que de este modo admite la petición cursada por los tres tras conocer su implicación en la trama de Francisco Correa.

- ✓ **7 de mayo.** El juez Antonio Pedreira impone una fianza de 750.000 euros al ex consejero de Deportes del Gobierno regional de Madrid y diputado del PP en la Asamblea autonómica Alberto López Viejo, al que imputa los **delitos de cohecho**, tráfico de influencias, fraude fiscal, **asociación ilícita**, blanqueo de capitales y falsedad.
- ✓ **14 de mayo.** El **Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana** cita para el día **19 de mayo** al presidente de la Generalitat Valenciana, **Francisco Camps**, y al diputado del PP y secretario general del partido en la Comunidad Valenciana **Ricardo Costa**. Ambos declararán como **imputados**.
- ✓ **18 de mayo.** El magistrado instructor del '**caso Gürtel**' en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (TSJCV) **traslada al miércoles** la declaración prevista para el martes del presidente de la Generalitat, **Francisco Camps**. Mientras, más de un centenar de cargos públicos del PP arropa a Camps durante un acto institucional celebrado en el Palau de la Generalitat.
- ✓ **19 de mayo.** El secretario general del Partido Popular de la Comunitat Valenciana (PPCV), Ricardo Costa **declara por el 'caso Gürtel' y asegura que su comportamiento ha sido legal**.
- ✓ **20 de mayo.** **Francisco Camps** declara durante casi una hora como imputado por presunto cohecho en el TSJV. A su salida dice estar "**satisfecho y muy contento**" de haber contado su verdad. El TSJV mantiene la imputación al presidente, aunque no le impone medidas cautelares.
- ✓ **21 de mayo.** Detienen en Barajas **Arturo Gianfranco Fasana**, alias *Zafa*, de nacionalidad suiza, que supuestamente dirigía la estructura encargada de **enviar al extranjero** los recursos económicos de la trama de corrupción. **José Tomás**, el sastre que hizo los trajes de Francisco Camps, asegura al juez que "todos" los trajes que constan en el sumario del caso Gürtel fueron pagados por **Pablo Crespo**, 'número dos' del empresario **Francisco Correa**, administrador único de **Orange Market** y en prisión desde el mes de febrero por este caso.

- ✓ **22 de mayo.** Nueva víctima política del 'caso Gürtel'. Renuncia a su acta de concejal en Estepona (Málaga) **Ricardo Galeote**, imputado en la presunta trama de financiación ilegal del PP.
- ✓ **9 de junio.** El magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) Antonio Pedreira, que investiga en el caso Gürtel, impone una **fianza de 1.800.000 euros** al ex alcalde de Boadilla del Monte, Arturo González Panero. Se trata de la fianza más alta de las impuestas hasta ahora a los imputados en el 'caso Gürtel'.
- ✓ **16 de junio.** El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) decide **remitir la causa del 'caso Gürtel' al Tribunal Supremo (TS)**, al que pide que llame a declarar como imputados, y "con carácter urgente", al tesorero nacional del PP y senador Luis Bárcenas así como a los parlamentarios Jesús Merino y Gerardo Galeote. A Bárcenas le imputa un delito fiscal y otro de cohecho.
- ✓ **22 de junio.** La Fiscalía reclama también al Tribunal Supremo que asuma la investigación de todo el 'caso Gürtel' -salvo la parte que se instruye en Valencia- y que pida el **suplicatorio ante el Parlamento** para proceder contra los parlamentarios del PP Luis Bárcenas y Jesús Merino así como del eurodiputado popular saliente Gerardo Galeote.
- ✓ **24 de junio.** El Tribunal Supremo asume la investigación del tesorero del PP Luis Bárcenas y el diputado Jesús Merino, pero descarta hacerse cargo de todo el 'caso Gürtel'.
- ✓ **6 de julio.** El magistrado del **Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana** José Flors decide continuar la tramitación del procedimiento contra el president de la Generalitat, **Francisco Camps**, por un supuesto **delito de cohecho** y fija la apertura de **juicio oral** para el próximo día 15.
- ✓ **10 de julio.** La Fiscalía pide por segunda vez al Supremo que pida la autorización del Congreso y del Senado **para proceder contra Bárcenas y Merino**. A su vez, Bárcenas declara que si el juez lo imputa podría **dejar su cargo "de forma transitoria"**.
- ✓ **17 de julio.** El Tribunal Supremo llama a declarar como "imputados provisionales" al tesorero del PP, Luis Bárcenas, y al diputado de este partido, Jesús Merino. Bárcenas declarará el 22 de julio y Merino, el 23.
- ✓ **18 y 19 de julio.** Uno de los responsables de la trama Gürtel asegura que regaló bolsos de lujo a Rita Barberá, la alcaldesa de Valencia. La primera edil anuncia que se querrellará contra quien difunda

"calumnias" contra su persona y el PP emite un **duro comunicado** en el exige la comparecencia de los ministros de Interior y Justicia por las filtraciones.

- ✓ **22 de julio.** El tesorero del PP y senador **Luis Bárcenas** comparece durante casi tres horas en el **Tribunal Supremo** como **imputado provisional** ante el magistrado Francisco Monterde. A su salida del Supremo, Bárcenas declara sentirse "**muy contento de poder haber aportado todas las pruebas que demuestran mi inocencia**".
- ✓ **23 de julio.** El diputado del PP por Segovia, Jesús Merino, imputado provisional en el 'caso Gürtel', afirma que espera que su declaración en el Tribunal Supremo (TS) "sirva para **aclarar todas y cada una de las dudas** que estaban planteadas" sobre su implicación en el caso. Tras abandonar la sede judicial, donde **declara durante cerca de dos horas** ante el magistrado instructor de la causa, Francisco Monterde, Merino añade que confía en la Justicia y expresa su satisfacción por haber podido declarar sobre este asunto tal y como había pedido. Preguntado sobre si ha justificado su patrimonio ante el magistrado instructor, asegura que no podía decir "nada más" porque **las actuaciones están bajo secreto de sumario**.
- ✓ **28 de julio.** El senador y tesorero del PP, Luis Bárcenas, presenta su dimisión. Bárcenas **declaró** el pasado 10 de julio que dejaría "de forma transitoria" su cargo como tesorero del partido si, tras prestar declaración ante el Tribunal Supremo, finalmente el juez pide autorización a las Cortes para imputarle en el *caso Gürtel*.
- ✓ **29 de julio.** Un día después de que dimitiera el tesorero del PP, Luis Bárcenas, el diputado popular Jesús Merino renuncia al cargo que ocupaba como miembro de la dirección del partido en el Congreso, si bien mantendrá su escaño de parlamentario del PP. Además, la Sala de los Penal del Tribunal Supremo acuerda elevar al Senado y al Congreso los suplicatorios para seguir investigando a Bárcenas y a Merino por los delitos de **cohecho y fraude fiscal**.
- ✓ **3 de agosto.** La Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana archiva la causa interpuesta contra los cuatro acusados por la trama en la Comunidad Valenciana, tras estimar sus recursos. La resolución incluye un voto particular de un magistrado que cree que sólo se debería archivar la causa contra **Ricardo Costa**, secretario general del PPCV y portavoz del grupo popular en Les Corts. Ese mismo día, María Teresa Fernández de la

Vega anuncia que la Fiscalía General del Estado recurrirá el fallo del TSJCV.

- ✓ **10 de agosto.** La Policía registra la sede de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), en busca de vínculos con el caso 'Gürtel'. En concreto, las autoridades buscan documentación sobre **contratos de la etapa** de la alcaldesa de Valencia, **Rita Barberá**, al frente de la institución. Al parecer, se trata de **documentación reclamada** por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se ocupa de la ramificación madrileña de la operación *Gürtel*.
- ✓ **28 de agosto.** La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) **deniega la libertad provisional a Francisco Correa**, principal imputado por el caso Gürtel, alegando a la posible obstrucción de pruebas y riesgo de fuga. Por otro lado, dimite el director de la TV valenciana. También el ex ministro de Justicia José María Michavila renunció a su escaño en el Congreso, alegando motivos personales y familiares. El despacho de abogados en el que trabaja él se vio relacionado con el caso, ya que varios de sus abogados defendieron al ex alcalde de Boadilla, **Arturo González Panero**.
- ✓ **2 de septiembre.** El TSJM revela las razones por las que denegó la libertad provisional a Francisco Correa. Señala que el principal imputado **intentó fugarse y conseguir residencia legal en Colombia y Panamá**. Además, el magistrado prorrogó por un mes más el secreto del sumario.
- ✓ **15 de septiembre.** El Pleno del Congreso vota a favor del suplicatorio del diputado popular Jesús Merino, de manera que el Tribunal Supremo puede proseguir investigándole por su presunta implicación en el caso y procesarle, si así lo considera.
- ✓ **24 de septiembre.** La 'trama Gürtel' **financiaba ilegalmente** al PP valenciano. Así lo recoge el informe de la Brigada Policial de Blanqueo que investiga el 'caso Gürtel'. Éste apunta a la existencia de una **doble contabilidad** y a una serie de **facturas falsas** a cargo del PP valenciano.
- ✓ **25 de septiembre.** Varias voces dentro del PP han desacreditado el informe policial, desde Mariano Rajoy a Ricardo Costa, pasando por Javier Arenas y Federico Trillo.

- ✓ **29 de septiembre.** El magistrado Antonio Pedreira, que instruye el caso *Gürtel* en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), acuerda en un auto levantar parcialmente el **secreto del sumario**. En el listado de los **71 imputados** en la causa, entre otros, está la mujer del senador del PP Luis Bárcenas, **Rosalía Iglesias Villar**.
- ✓ **1 de octubre.** La Fiscalía Anticorrupción recurre ante el Tribunal Supremo el archivo de la causa por un supuesto delito de cohecho que se tramitaba contra el presidente de la Generalitat, Francisco Camps.
- ✓ **6 de octubre.** El juez ha entregado a los abogados parte del sumario de la trama madrileña de 'Gürtel'. En él se habla de financiación ilegal en el PP de Galicia, en el de Valencia, sale el nombre de Alejandro Agag, cuñado de José María Aznar, y otros muchos políticos relacionados con el PP.
- ✓ **8 de octubre.** Los tres diputados imputados en 'Gürtel' dejan el PP en la Asamblea de Madrid. Esperanza Aguirre asegura que no se pone "como ejemplo para nadie".
- ✓ **9 de octubre.** El PP valenciano anuncia que propondrá el "**cese temporal**" de **Ricardo Costa** como secretario general del PP valenciano.
- ✓ **13 de octubre.** El secretario general del PP de la Comunidad Valenciana, **Ricardo Costa**, asegura que **no va a dimitir** en un comunicado leído en la sede del partido en Valencia, donde reitera que ni él, ni Camps, han incumplido la ley, y recalca su lealtad al PP, a Camps y a Rajoy. Horas después, Génova da por hecho la "**suspensión**" de Costa, pero el PP valenciano **lo niega**. Camps mantiene a Costa en el cargo, pese a que la dirección nacional del partido le considera **destituido**.
- ✓ **14 de octubre.** La guerra entre el PP nacional y el valenciano parece tener un ganador, Mariano Rajoy. Francisco Camps destituye a Ricardo Costa de sus cargos como secretario general del PP valenciano y portavoz en las Corts. Génova estaba dispuesto a expulsar a Costa si éste se empeñaba en aferrarse a sus cargos.
- ✓ **15 de octubre.** Rajoy comparece en rueda de prensa y asegura sobre Camps que mantiene "**el mismo nivel de confianza de siempre**". "No tengo ninguna duda sobre su honradez, dijo, antes de recordar que, "una vez archivado el caso en el TSJ de Valencia, no hay ningún elemento nuevo que haga que deba ser cesado". Además,

adelantó que su voluntad es que siga siendo presidente de la Comunitat Valenciana y candidato en las elecciones de 2011. "**A mí el señor Camps no me ha mentado**", recalcó.

- ✓ **27 de octubre.** El juez instructor del 'caso Gürtel' en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), Antonio Pedreira, ordena la puesta en libertad bajo fianza de 600.000 euros de Antoine Sánchez, uno de los tres imputados que, junto a los líderes de la trama Francisco Correa y Pablo Crespo, permanecía en prisión preventiva.
- ✓ **23 de noviembre.** Pedreira impone una fianza de 750.000 euros al diputado de la Asamblea de Madrid Alfonso Bosch y de 650.000 euros a Felisa Jordán, ex administradora de una de las sociedades de la trama de corrupción.

2.2. Año 2010.

- ✓ **25 de marzo.** El Tribunal Superior de Justicia de Madrid anula las escuchas grabadas en la cárcel y ordenadas por el Juez Garzón entre los imputados y sus abogados.
- ✓ **5 de abril.** El juez exige más de 200 millones de fianza a Correa y a sus colaboradores en "Gürtel".
- ✓ **6 de abril.** Se levanta parcialmente el secreto de sumario. Entre otras cosas, los 50.000 folios de la instrucción recogen declaraciones de agentes de la Policía que dan por hecho que Luis Bárcenas cobró 1,3 millones de euros de la "caja B" de la trama "Gürtel".
- ✓ **8 de abril. Luis Bárcenas** solicita la **baja temporal como militante** del PP y deja definitivamente sus funciones como **tesorero** del partido. Bárcenas, sin embargo, **seguirá como senador** por Cantabria. También pide la baja del PP el diputado Jesús Merino. La frase del día la pronuncia **Esperanza Aguirre** en la Asamblea de Madrid al asegurar, entre las carcajadas de la oposición, que ella "destapó la trama Gürtel".
- ✓ **9 de abril. María Dolores de Cospedal** confirma que Bárcenas dejará de tener despacho en la sede nacional del PP, también asegura que "no ve obstáculos" para que el ex tesorero siga como senador adscrito al grupo popular.
- ✓ **13 de abril.** La trama Gürtel salpica a Alejandro Agag, cuñado de José María **Aznar**. El 'cerebro' de la trama, **Correa, fue testigo de honor** en la boda de Ana Aznar y Agag. Leire Pajín asegura que la

trama corrupta se introdujo en el PP de la mano de Agag y **Ana Botella** le defiende recordando que no está imputado.

- ✓ **14 de abril.** El PP pagaba **350 euros la hora** al bufete del prestigioso penalista Miguel Bajo por defender al imputado Luis Bárcenas.
- ✓ **16 de abril.** El Tribunal Supremo ha confirmado la **admisión a trámite de la querella** presentada contra el juez Baltasar Garzón por un presunto delito de **prevaricación**, en relación a la intervención de comunicaciones en prisión entre acusados del 'caso Gürtel' y sus letrados.
- ✓ **19 de abril.** El ex tesorero del PP **Luis Bárcenas** presenta en el registro del Senado un escrito por el que renuncia a su escaño en esta Cámara, al igual que el también imputado en la trama Jesús Merino.
- ✓ **22 de abril.** La 'mano derecha' del cerebro de la trama, Pablo Crespo, queda en libertad tras pagar 1,2 millones de euros. El juez le retira el pasaporte.
- ✓ **29 de abril.** Franciso Correa, el jefe de la trama Gürtel, se llevaba el 2% de los contratos de los ayuntamientos madrileños de Boadilla y Majadahonda. También se desvela que los miembros de la trama compraron libros para aprender a delinquir y que Correa fue timado en varias ocasiones. En el terreno judicial, un juez del Supremo cita a Baltasar Garzón el 10 de mayo para que declare como imputado por las escuchas que ordenó a los encarcelados por su relación con la trama. El PSPV presenta un informe en Les Corts que asegura que la Generalitat valenciana "ha vulnerado la ley en más de **50 ocasiones**" con **fraccionamientos** de contratos para evitar la publicidad y **concurrencia**.
- ✓ **10 de mayo.** Baltasar Garzón asegura al juez que "las escuchas eran la única vía para no perder los fondos del Gürtel".
- ✓ **18 de mayo.** El Tribunal Supremo argumenta su decisión de ordenar a la Justicia valenciana que se siga investigando a Camps por aceptar trajes de la trama Gürtel. El Supremo explica en su sentencia que considera delito el simple hecho de que Francisco Camps aceptara los trajes.
- ✓ **26 de mayo.** El juez Pedreira, del TSJM, ve **indicios de delito electoral y cohecho en el Gobierno de Camps** y remite parte de la investigación al TSJ de la Comunidad Valenciana. Camps, por su

parte, afirma que el caso "es un montaje" y **asegura que "terminará en nada"**.

- ✓ **21 de julio.** El juez Pedreira, del TSJM, , cita a declarar en calidad de imputados a dos empresarios y un funcionario del Ayuntamiento de Majadahonda, por los supuestos delitos de cohecho, falsedad y fraude fiscal dentro de la trama. Son Rafael Naranjo Anegón, Luis Valor San Román y José Luis Cortés Bañares.
- ✓ **1 de septiembre.** Un nuevo informe policial incorporado al sumario del *caso Gürtel* insiste en que varios empresarios financiaron actos del PP valenciano pagando parte de la deuda que la formación política mantenía con la sociedad Orange Market.
- ✓ **2 de septiembre.** El juez instructor del caso, Antonio Pedreira, ha concedido un **plazo de diez días** al ex diputado Jesús Merino y al ex senador Luis Bárcenas **para que se personen en la causa** tras la pérdida de su condición de aforados después de renunciar a sus escaños.
- ✓ **3 de septiembre.** El Partido Popular ha levantado este viernes la **suspensión de militancia** al ex-secretario general del PP valenciano, Ricardo Costa, diez meses después de ser suspendido por su posible relación con la trama. También ha devuelto la militancia al vicealcalde de Madrid, **Manuel Cobo**.
- ✓ **26 de octubre.** La Agencia Tributaria (AEAT) ha comunicado al instructor del *caso Gürtel* en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), el magistrado Antonio Pedreira, que **carece de los medios humanos** necesarios para poder tasar todos los bienes intervenidos en la causa.
- ✓ **18 de noviembre.** El Tribunal Supremo deniega las pruebas solicitadas por el juez Baltasar Garzón en la causa que le investiga por ordenar las escuchas a los imputados en el *caso Gürtel* en prisión y sus abogados. Considera que esas diligencias no son esenciales ni imprescindibles.
- ✓ **29 de noviembre.** El juez Antonio Pedreira levanta la práctica totalidad del secreto de la parte del sumario que se investiga en la Comunidad de Madrid. Además, solicita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCyL) que investigue al presidente de las Cortes regionales, José Manuel Fernández Santiago (PP), por los delitos de cohecho y prevaricación.

- ✓ **3 de diciembre.** Un informe de la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF) señala que Francisco Correa diseñó desde la cárcel una estrategia para tratar de influir en los órganos judiciales encargados del caso y dio órdenes para que se controlaran las comisiones rogatorias internacionales que se acordaran para proteger sus intereses.
- ✓ **15 de diciembre.** El magistrado Pedreira remite a la Sala Civil y Penal del TSJM su informe sobre la recusación planteada por la defensa de Correa y se aparta temporalmente del caso. La sala nombra en sustitución al magistrado Emilio Fernández Castro.
- ✓ **16 de diciembre.** El TSJM decide no admitir a trámite la recusación contra Pedreira, quien retoma el caso.

2.3. Año 2011.

- ✓ **24 de enero.** Un informe policial incorporado al sumario del *caso Gürtel* desvela que la trama de corrupción pagó en 2003 y 2004 estancias en hoteles y billetes de avión o tren al exalcalde de Pozuelo de Alarcón Jesús Sepúlveda (PP) y a su familia por valor de 27.992 euros a través de la agencia de viajes Pasadena.
- ✓ **4 de febrero.** El juez Pedreira prorroga otros dos años la prisión provisional para Correa y para el número dos de la trama, Pablo Crespo. A éste último, por otra parte, le rebaja la fianza de 1,2 millones de euros a 600.000 euros.
- ✓ **7 de febrero.** El considerado cerebro de la trama de corrupción, Francisco Correa, es ingresado en la Unidad Coronaria del hospital Gregorio Marañón de Madrid por **un posible amago de infarto**. Es dado de alta horas después y regresa a la prisión de Soto del Real.
- ✓ **10 de febrero.** El magistrado Antonio Pedreira imputa al alcalde de Boadilla del Monte, **Juan Sigüero** (PP), los delitos de negociaciones prohibidas, prevaricación, **tráfico de influencias**, así como por su posible colaboración como cooperador necesario en los delitos que se imputan a su predecesor Arturo González Panero. Acto seguido, Sigüero comunica su dimisión a la presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre.
- ✓ **11 de marzo.** El ex diputado del PP Jesús Merino se desvincula durante su declaración ante el magistrado Antonio Pedreira **del cobro de pagos** de la red 'Gürtel' mediante la entrega de diversos documentos que **le exculparían de su imputación** de los delitos de cohecho, fraude fiscal, blanqueo de capitales y tráfico de influencias.

- ✓ **15 de julio.** El Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana dictamina que el president de la Generalitat, Francisco Camps, sea juzgado por un delito de **cohecho impropio** ante un tribunal popular, junto a otros exaltos cargos del Gobierno autonómico y exdirigentes del PPCV, por haber recibido supuestamente **regalos de la 'trama Gürtel'**. Junto a Camps, serán juzgados el exvicepresidente del Gobierno valenciano **Víctor Campos**, el exsecretario general del PPCV y actual miembro de la dirección del grupo popular en Les Corts **Ricardo Costa** y el exjefe de gabinete de la Conselleria de Turismo **Rafael Betoret**.
- ✓ **20 de julio.** **Francisco Camps** dimite como presidente de la Generalitat valenciana por la 'causa de los trajes', aunque insiste en su **inocencia**. "Ahora estoy liberado para defenderme de estas infamias", dijo. Además, el exvicepresidente **Víctor Campos** y el exjefe de gabinete de la consellería de Turismo **Rafael Betoret** se declaran culpables y pagarán la multa.
- ✓ **3 de noviembre.** El juez instructor del 'caso Gürtel' en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), Antonio Pedreira, rechaza excarcelar al presunto líder de la trama, Francisco Correa, al estimar que las medidas de control electrónico no evitan con "seguridad prácticamente absoluta" el riesgo de fuga.
- ✓ **12 de diciembre.** El Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (TSJCV) comienza con el proceso de selección de los once miembros del jurado popular, dos de ellos suplentes, que deben **juzgar al expresidente de la Generalitat Francisco Camps** y al ex secretario general del PPCV Ricardo Costa por un supuesto delito continuado de cohecho pasivo dentro de la trama Gürtel.
- ✓ **13 de diciembre.** El expresidente de la Generalitat Francisco Camps se ha declarado "absolutamente inocente" ante el tribunal. También el ex secretario general del PPCV Ricardo Costa ha reiterado su inocencia ante el jurado que juzga a ambos por recibir supuestos regalos de la trama Gürtel y han rechazado aceptar un acuerdo de conformidad, lo que implicaría asumir su culpabilidad.
- ✓ **14 de diciembre.** En la tercera jornada del juicio es interrogado el ex secretario general del PP valenciano, Ricardo Costa, quien admite que recibió un traje en 2006, pero que lo pagó y reclamó la factura, aunque no se la dieron. También ha dicho que guarda "una relación personal y de amistad con Camps". El presunto líder de la red 'Gürtel', Francisco Correa, no declara como testigo en esta vista al

estar imputado en otros dos procesos judiciales abiertos en Valencia y en Madrid sobre la trama con los que podría existir relación.

- ✓ **15 de diciembre.** El exvicepresidente del Gobierno valenciano **Víctor Campos** dice que acordó con Camps reconocerse culpable "para acabar con su drama personal, "desproporcionado y absurdo" y con un "gran tufo político", pero que es "inocente". El exjefe de gabinete de la Conselleria de Turismo **Rafael Betoret se niega a declarar** por estar imputado en otros procesos vinculados a este juicio. Además, Álvaro Pérez, conocido como *El Bigotes* niega haber regalado trajes a los cuatro imputados inicialmente en la causa que se juzga en Valencia y posteriormente **renuncia a responder** a las cuestiones planteadas por las partes.
- ✓ **19 de diciembre.** Declara en el juicio Francisco Gorina, administrador de Sastgor S.L., que confirma la confección de cinco trajes en cuya etiqueta **constaba el nombre de "Francisco Camps"** y que fueron facturados a Forever Young; también habla de la confección de otros siete y dos americanas facturadas a Milano. Aun así, asegura que desconocía el destinatario de las prendas. Por su parte, una empleada de la empresa de transporte Transaher cuenta al jurado que su compañía realizó numerosos **portes de las tiendas Milano y Forever Young** de Madrid hasta la sede de Orange Market en Valencia, casi todos ellos a nombre de Álvaro Pérez.
- ✓ **20 de diciembre.** El encargado de **la tienda Forever Young**, donde Francisco Camps y Ricardo Costa adquirieron supuestamente prendas de vestir pagadas por la trama Gürtel, revela que la empresa **Orange Market** ordenaba a este establecimiento alterar las facturas para ocultar los productos reales que había adquirido.
- ✓ **26 de diciembre.** Declaración clave en el juicio de la 'causa de los trajes': la del sastre José Tomás, quien asegura que 'El Bigotes' le confirmó que Camps y Costa "no pagaban" las prendas.
- ✓ **27 de diciembre.** Los letrados de la defensa interrogan a José Tomás, que declara por segundo día consecutivo en el tribunal. El sastre asegura que tenía "orden" de los supuestos cabecillas de la red Gürtel, Pablo Crespo y Álvaro Pérez *El Bigotes*, de que a clientes como Francisco Camps "no se les cobrara".

2.4. Año 2012.

- ✓ **2 de enero.** Los 11 últimos testigos, pendientes de prestar su declaración en el interrogatorio de la 'trama Gürtel', acuden ante el

magistrado presidente del Tribunal de Justicia de Valencia, **Juan Climent**. Un exescolta de **Francisco Camps** asegura que prestó cerca de 200 euros al expresidente de la Generalitat para pagar en la tienda **Forever Young** de Madrid, versión que ha corroborado también el conductor oficial que también les acompañaba en ese momento.

- ✓ **12 de enero.** El jurado escucha diferentes **conversaciones telefónicas** grabadas por la Policía, entre ellas una en la que el expresidente de la Generalitat valenciana y su esposa agradecen un "detallito" de Álvaro Pérez 'el Bigotes'. En una de ellas, grabada el 7 de enero de 2009, El 7 de enero de 2009, después de que 'el Bigotes' le diga a Camps "**te quiero mucho**" y el expresidente conteste y "yo más", Isabel Bas, la mujer de Camps, coge el teléfono y admite: "Con el mío -en relación al regalo recibido- **te has pasado veinte pueblos**", a lo que Pérez replica: "¡Pero qué dices, si es un detallito!".
- ✓ **16 de enero.** Los miembros del jurado vuelven a escuchar conversaciones telefónicas grabadas por la Policía, entre ellas una entre 'el Bigotes' y Pablo Crespo con insultos referidos a Francisco Camps por **aplazar una entrevista** con el gobernador de Nuevo México Bill Richardson. "Es un gilipollas, tío, es un gilipollas (...), **iría a verle y le daría dos hostias** (...). Le he conseguido que vea a uno de los tres tíos más importantes del planeta, que mande a tomar a los cincuenta gorriones que han ido hasta allí para tomar güisquis", asegura.
- ✓ **18 de enero.** El ex secretario general del PPCV Ricardo Costa le pidió a **Álvaro Pérez 'el Bigotes'** que intercediera ante Francisco Camps para formar parte del Gobierno de la Generalitat valenciana, puesto en el que **creía que podría ser "más útil"**, según otra conversación telefónica. En este diálogo, Costa le pregunta si finalmente va cenar con el president, tal y como le había dicho en otra llamada, y 'el Bigotes' lo confirma: "He quedado el martes para ir a su casa". "Pues entonces a ver si le puedes **meter una 'ideíta' en la cabeza** -agrega Costa-. Vamos a ver si le podemos trasladar que a mí me tienen 'socarrado', y que yo como secretario general podría ser más útil si me pusiera en el Gobierno".
- ✓ **19 de enero.** El Ministerio Fiscal y la acusación popular considera probado que el expresidente de la Generalitat y Ricardo Costa recibieron regalos de la trama corrupta. La fiscal del caso apela al

"sentido común y la lógica del jurado" al defender las pruebas documentales. Paralelamente el juez Baltasar Garzón declara por el caso de las escuchas en la cárcel a los abogados de los imputados en la trama Gürtel.

- ✓ **20 de enero.** "Soy inocente y vengo a buscar la justicia confiado y convencido" declara Francisco Camps ante el tribunal en su último turno de palabra al que tiene derecho como acusado en el juicio. El expresidente de la Generalitat también agradece su trabajo a los miembros del jurado a los que llama "ciudadanos de mi Comunidad". El comportamiento de Camps hace que el presidente del Tribunal pierda la paciencia en más de una ocasión y llama la atención al expresidente : "Guarde silencio o **lo tendré que sacar de la sala**".
- ✓ **23 de enero.** El jurado comienza a deliberar. Los seis hombres y tres mujeres que forman el jurado no podrán comunicarse con nadie del exterior hasta que emitan un veredicto. El juicio contra Francisco Camps y Ricardo Costa ha sido uno de los de **mayor repercusión informativa**, con gran **presencia en las redes sociales**.
- ✓ **25 de enero.** El jurado declara no culpables al expresidente de la Generalitat y al exsecretario regional del PP al **no considerar probado** que aceptaran regalos de la trama Gürtel. En un veredicto alcanzado después de **dos días deliberación** y hecho público a las 19.40 horas por el portavoz, el jurado ha exculpado a Camps y Costa del **delito de cohecho impropio** y señala que la relación de los acusados con los supuestos cabecillas de la trama era "meramente comercial".
- ✓ **15 de marzo.** La Audiencia Nacional reabre la causa contra el exsenador y extesorero del PP **Luis Bárcenas**, el exconcejal del PP en Estepona (Málaga) **Ricardo Galeote** y el exdiputado del PP **Jesús Merino**. El caso, que habría sido cerrado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), vuelve por tanto a imputar de **cohecho, fraude fiscal y blanqueo de capitales** a los tres exdirigentes populares.
- ✓ **30 de marzo.** El juez Ruz de la Audiencia Nacional rebaja la fianza a Francisco Correa de un millón a 600.000 euros ante el recurso de apelación en el que la defensa pedía reducir la fianza a 50.000 euros. El magistrado adopta esta decisión porque el posible **juicio oral** se celebraría **pasados cuatro años** desde el ingreso en la cárcel del presunto cabecilla del caso Gürtel, que es el **plazo máximo de estancia en prisión preventiva**.

- ✓ **2 de abril.** El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV) **desestima una querrela** presentada por el PP para personarse como acción popular contra los cabecillas de la trama Gürtel en la causa abierta por una supuesta financiación irregular del PP de la Comunidad Valenciana (PPCV).
- ✓ **20 de abril. Rosalía Iglesias**, mujer del exsenador y extesorero del PP Luis Bárcenas, vuelve a ser imputada. El juez de la Audiencia Nacional Pablo Ruz le atribuye un supuesto delito contra la Hacienda Pública.
- ✓ **5 de mayo.** Uno de los empresarios responsable de dos empresas adjudicatarias de los contratos con la Radiotelevisión Valenciana (RTVV) durante la visita del papa a Valencia en 2006 ha reconocido que pagó una comisión de 88.000 euros al 'número dos' de la red Gürtel por encargarse de la sonorización del evento.
- ✓ **8 de mayo.** El encargado de la sonorización de los actos de la visita del papa a Valencia en 2006 afirma en la Audiencia Nacional que el considerado 'número dos' de la *trama Gürtel*, **Pablo Crespo**, le propuso este trabajo **tres meses antes** de que Radiotelevisión Valenciana (RTVV) adjudicara los contratos.
- ✓ **15 de mayo.** Crespo y Correa se niegan a declarar en la causa en la que están imputado sobre supuesta financiación irregular del PP valenciano. Crespo ha justificado su negativa al considerar que se trata de un proceso "contaminado".
- ✓ **18 de mayo.** El juez Pablo Ruz, que instruye el 'caso Gürtel', ha reclamado este viernes a la Comunidad de Madrid la documentación sobre la adjudicación a empresas de la trama de 317 actos celebrados entre 2004 y 2006 para comprobar si los exdiputados regionales del PP Alberto López Viejo y Alfonso Bosch recibieron pagos. El juez también **rebaja la fianza al 'cerebro' de la trama**, Francisco Correa, de 600.000 a 200.000 euros para que pueda abandonar la cárcel tres años después de su ingreso. Asimismo, le prohíbe salir del país, le quita el pasaporte y le obliga a visitar el Juzgado a diario en caso de que finalmente pague esta cantidad.
- ✓ **11 de junio.** El presunto cabecilla de la trama Gürtel, Francisco Correa, sale de prisión después de que su abogado haya depositado la fianza de 200.000 euros que le impuso el juez Pablo Ruz para abandonar la cárcel de Soto del Real (Madrid), en la que ingreso en febrero de 2009.

- ✓ **9 de noviembre.** El **presidente del Parlament balear**, Pere Rotger (PP), es imputado por su presunta implicación en un contrato supuestamente amañado del caso Over, relacionado con el caso Gürtel, en el que se investiga la supuesta financiación ilegal del PP balear cuando **Jaume Matas** presidió la comunidad autónoma entre los años 2003 y 2007.
- ✓ **12 de diciembre.** El juez del TSJCV José Ceres dicta un auto en el que procesa **a los tres antiguos miembros del Consell**, que ahora son diputados del PP en Les Corts sin atribuciones en el grupo parlamentario o en la Cámara, que Alberto Fabra les quitó por estar imputados. Se trata del que fuera vicepresidente de la Generalitat con Camps, **Vicente Rambla**, y dos de sus conselleras de Turismo, Milagrosa Martínez y Angélica Such.

2.5. Año 2013.

- ✓ **16 de enero.** El extesorero y exsenador del PP Luis Bárcenas llegó a tener 22 millones de euros en una cuenta en un banco de Suiza, dinero que **traspasó a otras cuentas en 2009 una vez imputado** en el caso Gürtel, según la documentación enviada por ese país al juez instructor Pablo Ruz.
- ✓ **22 de marzo.** La Fiscalía Anticorrupción encuentra por primera vez al menos cuatro vínculos entre el 'caso Gürtel' y la contabilidad oficial del Partido Popular remitida por el Tribunal de Cuentas que acreditarían que donaciones recibidas por esta formación política también pudieron ser recogidas en la contabilidad de la trama de corrupción investigada.
- ✓ **23 de abril.** **Antonio Villaverde**, el presunto testaferro de Francisco Correa, admite ante el juez de la Audiencia Nacional Pablo Ruz que trasladó un total de 1,7 millones de euros "opacos al fisco español" **a cuentas radicadas en bancos de Suiza**, aunque sostiene que nunca tuvo constancia de que procedieran de "actividades delictivas".
- ✓ **25 de abril.** El alcalde de Castellón, **Alfonso Bataller** (PP) es citado a declarar como imputado el día 6 de junio por el juez que instruye la rama valenciana del 'caso Gürtel', Francisco Ceres, por su relación con contrataciones realizadas por la Conselleria de Sanidad, a la que entonces pertenecía.
- ✓ **26 de abril.** El juez Ruz **expulsa al PP como acusación popular** de la causa principal del Gürtel al considerar que durante el

procedimiento ha defendido la inocencia de su extesorero Luis Bárcenas; su mujer, Rosalía Iglesias; y el exdiputado Jesús Merino.

- ✓ **7 de mayo.** El juez Pablo Ruz, por orden de la sección cuarta de lo Penal de la Audiencia Nacional, deberá pronunciarse sobre la legalidad de las escuchas aportadas por el exconcejal de Majadahonda (Madrid) José Luis Peñas que dieron origen al 'caso Gürtel', tal y como pidieron los imputados Francisco Correa y Ricardo Galeote, alegando que se había vulnerado su intimidad.
- ✓ **8 de mayo.** El juez recibe un informe para investigar más de 600 contratos de la Comunidad de Madrid con empresas de la trama Gürtel de 2004 a 2007. La Comunidad habría fraccionado esos contratos por valor de 3 millones para evitar el concurso público.
- ✓ **13 de mayo.** El presunto 'blanqueador' de la trama Gürtel **Eduardo Eraso** se ha sometido a una prueba caligráfica con la que se pretende averiguar si es su letra la que figura en documentos de la comisión rogatoria de Suiza y en otros intervenidos al **considerado contable** de la red José Luis Izquierdo.
- ✓ **30 de mayo.** Un informe de Hacienda certifica el pago de viajes y regalos de empresas de la trama Gürtel a la familia de Ana Mato. El juez Pablo Ruz imputa a cuatro empresarios relacionados con los pagos presuntamente recibidos por el exconsejero de Cultura, Deportes y Turismo, Alberto López Viejo.
- ✓ **3 de junio.** La Audiencia Nacional confirma la **expulsión del Partido Popular (PP)** de la **causa como acusación popular** en el 'caso Gürtel' a fin de "**evitar futuras situaciones ambivalentes** y generadoras de un verdadero caos procesal donde una misma parte tenga la condición de acusadora pero de facto realice actos más cercanos a la defensa de determinados imputados".
- ✓ **6 de junio.** La Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía (UDEF) sospecha que el extesorero del PP **Luis Bárcenas logró su fortuna** en Suiza gracias a las comisiones que él y el presunto cabecilla de la trama Gürtel, **Francisco Correa**, obtuvieron con la intermediación en adjudicaciones públicas entre 2000 y 2007. Esta es una de las principales conclusiones del último informe de la UDEF **remetido al juez Pablo Ruz**, de 218 folios y fechado el 4 de junio, en el que se analizan las cuentas bancarias de Bárcenas en Suiza y las entregas en efectivo al extesorero por la red de Correa, recogidas en una carpeta incautada en el registro del domicilio del contable de las empresas de la trama, José Luis Izquierdo. Hacienda

certifica que el presunto líder de la trama, Francisco Correa, **no presentó la declaración de la renta** de 2000 a 2007. Su mujer sí presentó el IRPF pero no el Impuesto del Patrimonio.

- ✓ **10 de junio.** El juez de la **Audiencia Nacional** Pablo Ruz cita de nuevo a declarar para el 27 de junio al extesorero del PP Luis Bárcenas y a su mujer, Rosalía Iglesias, tras imputarles nuevos delitos: falsedad documental, **estafa procesal en grado de tentativa** y blanqueo de capitales, han informado fuentes jurídicas. Ruz ha adopta esta decisión en un auto a petición de la Fiscalía Anticorrupción, basándose en un informe de la agencia tributaria y en la declaración de la pintora argentina **Isabel Mackinlay**, que admitió que había accedido a firmar unos contratos en los que aparecía como intermediaria de una **venta ficticia de cuadros** de la mujer de Bárcenas.
- ✓ **14 de junio.** Las autoridades suizas desvelan que el extesorero del PP Luis Bárcenas ocultó otros 25 millones de euros en 2007 en una cuenta de la entidad Lombard Odier en Suiza, lo que unido a los 22 millones que atesoró en el Dresdner Bank, supone que llegó a acumular más de 47 millones de euros.
- ✓ **25 de junio.** La Agencia Tributaria ha remitido un informe al juez del caso Gürtel Pablo Ruz en el que manifiesta sus sospechas de que el extesorero del PP Luis Bárcenas pueda tener cuentas en **EEUU, Nassau (Bahamas) y Montevideo (Uruguay)**, además de las halladas en Suiza, donde llegó a acumular 47 millones de euros.

2.6. Claves para entender el Caso Gürtel.

Después de que saliera a la luz pública la investigación del juez de Baltasar Garzón sobre una presunta red de corrupción en torno al PP, muchos son los interrogantes que han surgido en un caso que no deja de enredarse según pasan los días⁴. Estas son algunas de las claves para entender mejor la “Operación Gürtel”

2.6.1. ¿Qué se investiga?

Una red de corrupción que supuestamente operaba en varios municipios de Madrid, así como en Valencia y en localidades de la Costa del Sol, y en la que sus integrantes están imputados por los

⁴ Noticias Digital 20Minutos.es. *Las claves para entender al Caso Gürtel, investigado por el Juez Baltasar Garzón*. Consulta: junio, 28 de 2013. Disponible en:

<http://www.20minutos.es/noticia/450095/0/corrupcion/pp/garzon/>

delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal, cohecho y tráfico de influencias.

2.6.2. ¿Qué dice el auto del juez Garzón?

El auto del juez Garzón presentado el 12 de febrero indicaba que el "conglomerado de empresas" investigadas se nutría de fondos de entidades públicas de las comunidades autónomas de Madrid y Valencia para "obtener un beneficio propio". Para ello utilizaba "como norma común y frecuente las dádivas y sobornos a funcionarios públicos cuya identidad y cargos se están investigando". Además señalaba que los miembros de la trama les entregaban (a los cargos públicos) "regalos, presentes y cantidades de dinero. De esta forma, lograban obtener contratos, eventos y actividades en detrimento de otras personas o empresas que no usaban las mismas prácticas".

2.6.3. ¿Cuántas personas están imputadas y cuántas en prisión?

En su auto, el magistrado imputó a 37 personas por varios delitos (blanqueo, fraude fiscal...), de los que sólo tres entraron en prisión sin fianza: Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez. Así, Garzón dejó en libertad al resto de imputados (34) sin ningún tipo de medida cautelar tras tomarles declaración. Entre ellos, se encuentran las tres primeras imputadas: Carmen Rodríguez, esposa de Correa, Felisa Jordán y Carmen Luis Cerezo. El juez Álvaro Pérez también quedó en libertad con prohibición de salir de España.

El 27 de marzo Garzón imputa a otras once personas y, además, el magistrado ha iniciado los trámites para el nombramiento de administradores judiciales en las empresas intervenidas a la trama de corrupción que investiga y que presuntamente lidera Francisco Correa, uno de los tres únicos imputados que se encuentra en prisión.

2.6.4. ¿Cuántos cargos del PP se han visto salpicados y quiénes han dimitido?

Son varios y algunos de ellos desempeñan, o desempeñaban, cargos públicos. Sus nombres son los siguientes: Alberto López Viejo, que presentó su dimisión como consejero de Deportes de la Comunidad de Madrid; Arturo González Panero, que dimitió como alcalde de Boadilla; María Jesús Díaz, ex número dos en la Alcaldía de Boadilla; Guillermo Ortega (ex alcalde de Majadahonda), que cesó de su actual cargo como gerente del Mercado Puerta de Toledo en Madrid; Pablo Crespo, ex secretario de organización del PP en Galicia; los diputados regionales de Madrid Alfonso Bosch y Benjamín Martín Vasco; el

dimitido alcalde de Pozuelo de Alarcón, Jesús Sepúlveda; el alcalde de Arganda del Rey, Ginés López, que también ha dejado su cargo.

Mientras, en Valencia, Garzón también ha relacionado al presidente de la Generalitat valenciana Francisco Camps; al diputado de las Corts valencianas y secretario general del PP de Valencia, Ricardo Costa; al ex secretario de Organización del PP de Valencia José Víctor Campos Guinot y al jefe de Gabinete de la Consejería de Turismo, Rafael Betoret Parreño.

Además, dimitió el presidente de la comisión que investiga el espionaje a políticos en Madrid porque también se le relaciona con esta trama mientras que el alcalde de Madrid, Alberto Ruiz-Gallardón, llegó a cesar al asesor de la Junta del distrito de Moncloa, José Javier Nombela, porque había "perdido la confianza en él". Otros implicados en el caso son Tomás Martín Moral, Clemente Aguado, José Galeote (ex concejal de Boadilla) y Ricardo Galeote (ex concejal de Estepona Málaga), padre y hermano del eurodiputado del PP Gerardo Galeote.

2.6.5. ¿Qué empresas están involucradas en la trama?

El entramado de empresas de la red de corrupción estaba compuesto por 23. Entre ellas destacan:

- ✓ **Special Events.** Agencia de eventos que entre 1996 y 1999 organizó todos los actos políticos del PP de Galicia. Esta empresa tiene como administrador único a Pablo Crespo, ex secretario de organización del PP gallego. El Ayuntamiento de Madrid adjudicó en 2007 varios contratos a la empresa por un importe total de 210.000 euros. El propio alcalde Ruiz-Gallardón ha admitido que en 2004 "se manipuló un informe técnico" para adjudicar a esta empresa un contrato por valor de 153.000 euros.
- ✓ **Pasadena Viajes S.L.** Una empresa, también propiedad de Pablo Crespo, con la que el Ayuntamiento de Boadilla organizó diversos viajes, algunos de ellos, según El País, al equipo electoral de José María Aznar en su campaña de las elecciones autonómicas y municipales de 2003. Está siendo también investigada.
- ✓ **Easy Concept.** Compañía especializada en la gestión del servicio público de información y atención al ciudadano. En 2005 el alcalde de Boadilla, Arturo González, suscribió un contrato con ella. La Comunidad de Madrid adjudicó sin concurso, según el diario Público, más de 70 contratos.

- ✓ **Good and Better, SL.** Junto con Easy Concept es la otra firma presuntamente favorecida con contratos "a dedo" por el Gobierno de Esperanza Aguirre. Entre los años 2004 y 2005 habría organizado eventos junto con Easy Concept por valor de 562.183 euros.
- ✓ **Orange Market.** Es la proveedora de servicios de la dirección regional del Partido Popular valenciano. La empresa organiza mítines, congresos y toda clase de eventos para los populares, según reconoce el partido. Vinculada a uno de los detenidos, Pablo Crespo, a ella se le adjudicó el diseño del expositor de la Comunitat Valenciana en Fitur. Su presidente, Alvaro Pérez, 'el Bigotes', pagó trajes a Francisco Camps por importe de 12.783 euros y que éste pudo facilitar a cambio la concesión de adjudicaciones a esta empresa, según Garzón.

2.6.6. ¿Por qué el PP quiso personarse como acusación particular?

El PP quiso presentarse como acusación particular con la intención de "aclarar todo" ya que, según fuentes del partido, se trata de unos hechos que les afectaban directamente, aunque no explicaron a quién querían acusar. Además, para ejercer como acusación, Garzón tenía que admitirles en el caso, algo que rechazó mediante un auto.

2.6.7. ¿Por qué los populares presentaron la recusación de Garzón?

El Partido Popular presentó su escrito de recusación contra el juez Garzón (que no sea este el magistrado que lleve el caso), alegando su "enemistad manifiesta" y "animosidad contra el PP", así como su "interés directo o indirecto" (los populares alegaron la curiosa coincidencia de una cacería celebrada en Jaén, en la que estuvieron el magistrado y el ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo, en plena instrucción del caso). El ministro tuvo que dimitir poco después; además, para que la recusación se hiciera efectiva, tenían que cumplirse cinco requisitos: el PP tenía que ser parte de la acusación; era imprescindible que Garzón admitiera el recurso; para ser recusado un magistrado tienen que opinar todos las partes del caso (defensa, fiscalía, acusación...); si prospera la recusación, después decide la Sala de lo Penal que es la competente para suspender al juez; y si no se cumplen los pasos anteriores, tendrían que ir a una instancia superior para pedir su recusación.

2.6.8. ¿Por qué pidieron la inhibición de Garzón del caso?

El PP primero y posteriormente la Fiscalía Anticorrupción pidió a Garzón que se inhibiera del caso al no apreciar indicios de la implicación en el mismo de diputados, senadores o eurodiputados del grupo popular. Es decir, de aforados (cargos públicos con protección jurídica especial) nacionales de este partido. Si Garzón acusaba a algunos de ellos de algún delito -como era el caso de Alberto López-Viejo o Francisco Camps-, tendría que renunciar a la investigación, como pretendía el PP, y pasar el caso inmediatamente a los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Valencia o al Tribunal Supremo, juzgados que ni cuentan con los medios ni con la experiencia de la Audiencia Nacional para llevar un caso de este tipo.

El método más utilizado en estos casos -no es la primera vez que sucede- pasa por imputar a los aforados en el último momento, cuando la investigación ya está prácticamente completa, algo que Garzón hizo finalmente el 5 de marzo. Con el paso de los días antes del 5 de marzo, Garzón iba retrasando su decisión por lo que el PP decidió presentar una querrela criminal por prevaricación contra el juez. Los populares acusaron al magistrado de actuar de manera "manifiestamente injusta a sabiendas" al haber superado "con creces" el plazo de tres días que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal para remitir las actuaciones a otro tribunal.

2.6.9. ¿Por qué decidió finalmente Garzón inhibirse de la investigación?

Garzón decidió inhibirse del 'caso Gürtel' el 5 de marzo, fecha en la que finalizó los interrogatorios a todos los imputados, sólo después de que se produjera la petición formal de la Fiscalía Anticorrupción para que dejase el caso. Así, Garzón dejó parte del caso en favor del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por haber hallado indicios de responsabilidad penal en el presidente de la Generalitat valenciana Francisco Camps, entre otros. También cedió la otra parte del caso al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, implicando en su auto a Alberto López Viejo, Alfonso Bosch, Jesús Sepúlveda o Ginés López, entre otros.

III. CORRIENTE JURIDICA O FILOSOFICA GENERAL.

3.1. Derechos fundamentales, proceso penal y constitución

Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional de Derecho es, indudablemente, el reconocimiento de la existencia de un conjunto de derechos básicos de los ciudadanos, a los que se suele denominar Derechos Humanos o Derechos Fundamentales. El elenco de estos derechos

fundamentales se suele incorporar al rango normativo superior del ordenamiento jurídico, conformando la que tradicionalmente es denominada de la Constitución⁵.

Como es de conocimiento por parte de todos los estudiosos del derecho penal, referirnos al proceso penal y no tener que hacer referencia a la Constitución y a los derechos fundamentales resulta una utopía. Por ello, bien señala el profesor Cesar San Martin en su libro – Estudios de Derecho Procesal Penal – citando a Montero Aroca, “que la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los tribunales e integrada por los magistrados independientes, y que consiste en la facultad de realizar el Derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”. Su actividad se concreta en cuatro ámbitos⁶:

- a) En la protección de los derechos subjetivos, que, en el caso del Tribunal Constitucional, se circunscribe a la tutela de los derechos fundamentales;
- b) en el monopolio de la imposición de las penas, privativo de la jurisdicción ordinaria;
- c) en el control judicial normativo, que en el caso del Tribunal Constitucional descansa en el control constitucional de las normas con rango de Ley y en el caso de la jurisdicción ordinaria, se residencia en el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de actuación de la actuación administrativa; y
- d) en la complementación del ordenamiento jurídico, que en el caso del tribunal Constitucional es vinculante para los particulares y todos los poderes públicos, incluso al legislativo, que debe amoldarse a lo que establezca adecuando la legislación, y su doctrina abarca todo los sectores del Derecho.

En ese sentido, existe una función complementadora en virtud de la cual, el proceso penal se encuentra sometido al contenido de la Constitución, en el sentido de que debe respetar los Derechos y Garantías fundamentales que de ella derivan. Es así que, la función complementadora determina los límites al poder sancionador del Estado, establecidos tanto

⁵ NATAREN NANDAYAPA, Carlos Faustino. *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2007., Pág. 77.

⁶ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley. Lima. 2012. Pág. 42.

constitucionalmente como la normativa del Código Procesal Penal, en la imposición de medidas limitativas de derechos fundamentales necesarias para alcanzar los fines del proceso. Así, la adopción o aplicación de medidas que apunten a limitar derechos fundamentales durante el proceso penal, han de estar sujetas a condiciones sine qua non sería posible tolerar la limitación de éstos derechos, para lo cual es necesario desarrollar los presupuestos que contiene el principio de proporcionalidad como método real valorativo. En este entender, la limitación a un derecho fundamental, es el instrumento que utiliza la jurisdicción, apelando al riesgo, mediante una medida que recae en la esfera jurídica del imputado, esta medida que recae directamente sobre derechos de relevancia constitucional, por ello es fundamental la observancia de determinados presupuestos, y recurrir a la función complementadora que ofrece la Constitución para con mayor criterio y una debida justificación poder limitar los derechos fundamentales a cualquier persona dentro del proceso penal⁷.

El contenido de la Constitución debe servir de complemento a las pretensiones limitativas de derechos fundamentales dentro del proceso penal, a efectos de su aplicación sea justificada y no devenga en un acto arbitrario inconstitucional. En ese sentido la Constitución Peruana es bastante generosa en materia de garantías constitucionales y derechos fundamentales.

Enhorabuena la Constitución y el Derecho Internacional de Derechos Humanos, de aplicación en sede nacional a partir de la cuarta disposición Final de la Ley Fundamental (la STC N° 25-26-2005-PI/TC, del 19/08/2006 consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino, que, además, detentan rango constitucional, comprenden un conjunto de preceptos de nivel supremo, lo suficientemente intensos y extensos que permiten alcanzar altos estándares de protección de los derechos y libertades públicas, así como juzgar la legislación derivada y la conducta de quienes integran los poderes públicos⁸.

⁷ Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0731-2004-HC,16/04/04, S2,FJ.4 ha dicho en torno a la naturaleza de la medida cautelar: “*En el caso de las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado, como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía de un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal a quien se imputa un delito, y, b) la garantía de la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente a otro, siendo la regla general la libertad*”.

⁸ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley. Lima. 2012. Pág. 47.

3.2. Límites a los derechos fundamentales en el proceso penal

La doctrina Constitucional Peruana destaca por un lado la protección a los derechos fundamentales contra las medidas limitativas de derechos dentro de un proceso, pero a su vez, también existe consenso en nuestra doctrina constitucional que tal nivel de protección no es absoluto o inelástico, pues debe tomarse en cuenta (en determinados casos) los intereses generales que también deben ser protegidos por el sistema jurídico. Uno de ellos, por cierto, es la prevención y represión de los delitos, que obviamente se trata de unos hechos que tiene trascendencia social⁹. No obstante lo anterior, y como hemos dicho, los Derechos Fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias.

Al respecto, haciendo una interpretación extensiva de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH Tristan Donoso, del 27/01/2009), se puede advertir que, la protección a los derechos fundamentales no son absolutos, y, por lo tanto, pueden ser restringidos por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello deben estar previstas en la Ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática.

En el proceso penal moderno, fruto de las grandes revoluciones liberales europeas, la Constitución adquiere un relevancia, no solo atendiendo a un criterio formal, según el cual nuestra Ley Fundamental ocupa en el ordenamiento una posición jerárquica de supremacía, sino también desde un punto de vista material, desde el que se observa que, en el proceso penal, los derechos en conflicto adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado el Derecho Penal, que ejercita la parte acusadora, a través del derecho a la tutela, y, de otro por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa.

En este sentido, ha quedado claro que el ejercicio de los derechos fundamentales, (esto es, capacidad para ejercer libremente los derechos reconocidos por la Constitución) está condicionado a la existencia de un proceso penal, al cual se somete a una persona que habría cometido un

⁹ Ibidem., pág. 128, donde señala además “*En la sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina dictada en el caso Ponzetti v. Editorial Atlantida (306: 1892), que señalo que la protección en comento tiene un carácter relativo y solo por ley – así el artículo de 11°.2 y 30° CADH – podrá justificarse la intromisión en este ámbito, siempre que medie un iteres superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*”.

delito sancionado con una pena privativa de libertad, como consecuencia de haber lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos que el Estado pretende salvaguardar para los fines de una adecuada convivencia social, toda vez que, dentro del proceso penal – por lo general - se debe recurrir, (necesariamente), a medidas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales para alcanzar los fines del proceso penal.

Es así que el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el ser humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana. En virtud de lo anterior, queda de manifiesto que efectivamente deben existir restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, limitaciones que deben ser definidas correctamente para su adecuada comprensión. Para tal efecto, entenderemos por “limitaciones a los derechos fundamentales”, aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho que forma parte del catálogo constitucional de derechos fundamentales, de manera tal, que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, se convierte por esencia en arbitraria y desproporcional, lo que puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo.

3.3. El Principio de Proporcionalidad

El profesor Cerezo con relación al principio de proporcionalidad refiere que en el proyecto de 1992 no se formula, en cambio, correctamente el principio de proporcionalidad, en el que se basa la justificación ética de las medidas de seguridad, según la opinión mayoritaria en la ciencia de derecho penal española y alemana. Según el apartado 2º del artículo 4: *“Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”*, continúa el profesor Cerezo, - refiriendo – *“La referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, solo puede tener el sentido de que se trate de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado o desvirtuado por otros”*¹⁰.

¹⁰ CERESO MIR, José. *Obras Completas*. Tomo II. ARA Editores. Lima. 2006. Pág. 851.

Tal es así que, la incidencia de los actos procesales, fundamentalmente a lo largo de la fase instructora, sobre los derechos fundamentales ocasiona que deba aplicarse la doctrina emanada por el TC sobre el principio de proporcionalidad, según la cual no es suficiente que el acto de investigación, lesivo de un derecho fundamental, haya emanado de una autoridad competente, sino que es también necesario, en primer lugar, que este previsto en la Ley, en segundo, que objetivamente se justifique y, en tercero, que la resolución judicial que ordena la limitación del derecho fundamental este minuciosamente motivada, de tal suerte que, en ella, se plasme el ineludible (juicio de necesidad) del que se desprenda el sacrificio del derecho fundamental, objeto de la medida¹¹.

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.

Para Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad “admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad”.

En este sentido, el principio de proporcionalidad es el único criterio realmente determinante ante la pretendida intención que procura limitar el ejercicio de ciertos Derechos fundamentales (libertad corporal, inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones, etc.). El principio de proporcionalidad, responde a la idea de evitar una utilización arbitraria y desproporcional de las medidas que conllevan una limitación de los derechos fundamentales. Por lo que el núcleo del principio de proporcionalidad consiste en una relación que se denomina “ley de la

¹¹ JIMENO SENDRA, Vicente y TORRES DEL MORAL, Antonio. *Los Derechos fundamentales y su Protección Jurisdiccional*. Editorial Colex. Madrid. 2007., p. 132.

ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

IV. LA PRUEBA ILÍCITA

4.1. Los Límites del Derecho a la Prueba

El derecho a la prueba¹² no es un derecho consagrado expresamente por la Constitución de 1993, pero se reconoce su raigambre constitucional, y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en su sentencia normativa del 3 de enero de 2003, expediente N° 010-2002-AI/TC, caso: Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos, al establecer en los fundamentos 148 a 150 de dicho fallo: “El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú”.

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala:

“Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba.

Sobre la relatividad de los derechos fundamentales, en sentencia normativa de 21 de julio de 2005, expediente N° 0019-2005-PI/TC, caso: Inconstitucionalidad parcial del artículo 47° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28568, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

¹² El derecho a la prueba ha sido definido como la garantía constitucional o el derecho fundamental que asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, presentar sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona 1998, pags. 98 y ss.

“... ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección” (Fundamento 12).

De modo tal que el derecho a la prueba, como cualquier otro derecho constitucional, tiene límites, los mismos que se encuentran previstos en la propia Constitución, en los principios y garantías de un debido proceso y en el respeto a la dignidad de la persona. En ese sentido, el principio de libertad de prueba, conforme al cual se puede probar un hecho con cualquier medio de prueba, típico o atípico. En este último supuesto, siempre que se observe en su práctica análogamente los procedimientos estatuidos para una prueba semejante, se ve limitado por la observancia de los derechos fundamentales de toda persona.

Por ello, coincidimos con PELLEGRINI cuando señala que el derecho a la prueba, aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, y le reconocen límites. Ello se debe, a criterio de la autora, a que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de Derecho, tanto los derechos como sus limitaciones¹³.

Tratando de sintetizar la problemática, GÖSSEL¹⁴ apunta que las pruebas ilícitas se caracterizan, por lo tanto, como “límites de la averiguación de la verdad en un proceso penal” (siguiendo las famosas palabras de BELING en el título de su trabajo aparecido en 1903). Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias o

¹³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Pruebas ilícitas*. EN: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1. Lima 2000, pág. 286.

¹⁴ GÖSSEL, Kart Heinz. *La prueba ilícita en el proceso penal*. En: Revista de Derecho Penal. 2001-1, Garantías Constitucionales y nulidades procesales – I. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires 2001, pág. 29.

prohibiciones de prueba, de temas probatorios, de medios probatorios, de métodos probatorios, condicional de la prueba y de utilizar la prueba¹⁵.

En conclusión, la reconstrucción de la verdad histórica, o simplemente la búsqueda de la verdad, no es concebida como un valor absoluto dentro del procedimiento penal¹⁶, sino que, por el contrario, se erigen frente a ella determinadas barreras que el Estado no puede franquear. Problema que es caracterizado por la Corte Suprema Federal Alemana con la siguiente cita: “No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio”.

4.2. Noción de la Prueba Ilícita

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la República ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la prueba prohibida, o prueba ilícita en diversas ejecutorias, no ha trabajado un concepto de prueba ilícita. La jurisprudencia nacional se ha esforzado más bien por desarrollar criterios para excepcionar la regla de exclusión, esto es para no obstante verificar la lesión a un derecho fundamental en la obtención de fuentes de prueba, poder utilizar dicha evidencia.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional sí ha intentado configurar una noción de lo que es prueba ilícita a efectos de establecer sus alcances. Así, en sentencia del 15 de septiembre de 2003, expediente N° 2053-2003-HC/TC, caso: Edmi Lastra Quiñónez, definió la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

Como se puede advertir, nuestro Tribunal Constitucional asume un criterio sincrético. De un lado, asume que estamos frente a una prueba ilícita cuando se lesiona un derecho fundamental y, por el otro, cuando se viole la legalidad procesal. El primero se puede estimar como un criterio estricto, y el segundo como un criterio amplio de la noción de prueba ilícita.

Autores tales como SILVA MELERO, que asumen el criterio amplio sobre la noción de prueba ilícita, consideran que es aquélla que atenta contra la dignidad humana. Según VÉSCOVI, prueba ilícita es la contraria a una norma de Derecho, es decir la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas. Para CONSO todas las normas relativas a las

¹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, Editorial Grijley. Lima. 2003, págs. 878 y 879.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000, pág. 191.

pruebas penales son reglas de garantía del acusado, toda infracción de las normas relativas a la obtención y práctica de la prueba debe estimarse ilícita, por cuanto implicaría una vulneración del derecho a un debido proceso.

Entre los que sostienen un criterio restrictivo de la noción de prueba ilícita, al que nos adscribimos, MINVIELLE afirma que únicamente podemos hablar de prueba ilícita toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido, fuera del proceso, en violación de derechos constitucionales, principalmente los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad. PICO I JUNOY y GONZALES MONTES limitan el concepto de prueba ilícita a aquella adquirida o realizada con infracción de derechos fundamentales. ARMIJO agrega que deben implicar un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso.

Asumiendo el criterio restrictivo, PARRA¹⁷ señala que prueba ilícita es la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba. En el mismo sentido, PELLEGRINI¹⁸ apunta que se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida infringiendo normas de naturaleza material y principalmente constitucionales.

Los límites al derecho a la prueba tienen que suponer una infracción del mismo nivel. Desde esta perspectiva existe, en un segundo nivel, la noción de “prueba irregular o ilegal”, que es aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica, y como tal tienen como efecto la nulidad de actuaciones, no así la prueba prohibida, que genera una prohibición de valoración del resultado probatorio¹⁹.

SAN MARTÍN CASTRO²⁰ se adscribe a un criterio restrictivo cuando estipula que para que pueda hablarse de “prohibición probatoria”, la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se

¹⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. *Pruebas ilícitas*. En: Revista Ius et Veritas . Año VIII, N° 14. Lima, junio 1997, pág. 39.

¹⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Pruebas ilícitas*. EN: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1. Lima 2000., p. 290.

¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Editorial Colex. Madrid 2007, pág. 677.

²⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal*. EN: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal N° 4. Lima 2003, pág. 64

debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental.

Agrega dicho autor, aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles —mediante su lesión—de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y el secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática. En tanto que tratándose de derechos fundamentales de naturaleza procesal (Art. 139°), en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional .

El nuevo Código Procesal Penal asume un concepto estricto de prueba ilícita cuando señala en el artículo VIII.2 del Título Preliminar:

“Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

Y, al prescribir el artículo 159°:

“El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Por otro lado, la prueba es ilegal o irregular toda vez que su obtención configure violación de normas legales o principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida²¹.

Bajo la denominación de prueba irregular se incluirían las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como también los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado un derecho fundamental.

4.3. Posturas sobre la admisión de la prueba ilícita

²¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Pruebas ilícitas*. EN: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1. Lima 2000., p. 292.

A criterio de BARBOSA MOREIRA²² existen dos opiniones radicales sobre las pruebas obtenidas mediante infracción a una norma jurídica. Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal. Por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida. Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos.

Habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida.

4.3.1. Posturas a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita

El juez norteamericano Cardozo, en el caso *Defoe vs. United States* de 1926, consideraba que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado. La prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso, y ser eficaz pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba. Debe predominar el interés de descubrir la verdad y a los delincuentes.

4.3.2. Posturas en contra de la admisibilidad y apreciabilidad

La prueba ilícita no es admisible. Debe ser excluida (exclusionary rules). Existen “lujos” que el Estado no puede darse, como sería el hecho de violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger. En 1928, en un voto particular, el juez

²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña*. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen II N°s. 21-22. Bogotá 1997, pág. 129.

norteamericano Holmes señaló que era necesario elegir y preferir que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel indigno.

Tampoco se puede cobijar bajo el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido.

Es una consecuencia que el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desalentará a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho. Y no debe olvidarse que la policía está sometida a directivas y presiones gubernamentales dirigidas a la consecución de una mejor estadística de casos resueltos. Además, la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida produce una ausencia de control sobre la policía y ello, a nuestro modo de ver, no redundará en beneficios sociales.

4.3.3. Posturas intermedias:

➤ Teoría de la ponderación de intereses en conflicto:

PASTOR BORGONÓN estima que el interés público por la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se integra el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en el ordenamiento en tanto derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder contra la persona responsable de ello.

➤ Teoría del ámbito jurídico (Rechtskreistheorie):

Se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), conforme a la cual en aquellos casos en los que se transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de *“si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación”*.

La teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados: filmaciones clandestinas y otros.

4.4. Los efectos reflejos de la prueba ilícita

Los efectos reflejos de la prueba ilícita se conocen también como pruebas ilícitas por derivación, o sea aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba lícitamente recogida. Es el caso, por ejemplo, de la confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica dónde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual la policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado.

La prohibición de valoración debe alcanzar no solo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que, a pesar de haber sido obtenidas o practicadas de forma lícita, tengan su origen en la primera. La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco tales pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas. Se trata de la aplicación de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) y, consiguientemente, del reconocimiento de efectos reflejos o indirectos a las pruebas ilícitas.

La llamada doctrina del “fruto del árbol venenoso” tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de *fruit of the poisonous tree* o, más simplemente, *fruit doctrine*. Su origen se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States* (1920) en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimidar a una persona para que entregara documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Posteriormente, en *Nardone v. United States* (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. Para casos posteriores de aplicación de esta doctrina, pueden verse, entre otros, *Wong Sun v. United States* (1963): exclusión como prueba de dichos de testigos y de objetos a los que se llegó como consecuencia de un allanamiento y arresto ilegal; *Brown v. Illinois* (1975): exclusión de una confesión prestada por una persona arbitrariamente detenida; *Davis v. Mississippi* (1969): exclusión de huellas dactilares

tomadas de una persona detenida ilegalmente, aun cuando correspondían a las halladas en la escena del crimen.

Si agentes de la policía ingresan ilegalmente en el domicilio de una persona, o si interrogan a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado o los dichos vertidos por quien ha sido coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quienes han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales.

Siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales (el allanamiento o la confesión coactiva), tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera que no solo resultan inadmisibles en contra de los

4.5. Las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita admite excepciones, que han sido desarrolladas esencialmente por la jurisprudencia norteamericana como formas de atenuar el impacto de la sensación de impunidad que genera la aplicación de las exclusiones probatorias²³.

➤ Fuente independiente

La excepción de la fuente independiente funciona cuando al acto ilegal o a sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales independientes. En Argentina, en el caso Rayford se dijo que esta primera excepción a la regla de exclusión se daría en caso de que hubiese un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo, con base en lo cual pueda afirmarse que existía la posibilidad de obtener la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma.

Esta excepción, también receptada en los Estados Unidos, recibe allí el nombre de independent source (fuente independiente). Su formulación se remonta al caso Silverthorne Lumber Co. V. United States, donde la Corte norteamericana sostuvo que las pruebas obtenidas por vías

²³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*. EN, Academia de la Magistratura. Enero 2009. Lima., ob. p. 151 y ss.

ilegales podían de todasmaneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivar de una fuente independiente.

La excepción ha sido también consagrada en los fallos: *Fah v. Connecticut* *Cecolini v. United States* *Bynumv. United States*. válida. Uno de los casos en que se emplea con frecuencia la fuente independiente en los Estados Unidos es en aquellos reconocimientos en rueda de personas, efectuadas sin aviso al defensor, y luego en el juicio el testigo espontáneamente reconoce nuevamente al acusado. También aquellos reconocimientos a los que se llevaron a un imputado ilegalmente arrestado.

La Corte Suprema argentina, citando el caso *Nix v. Williams*, sostuvo que: No es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente, que habría llevado inevitablemente al mismo resultado.

➤ **Descubrimiento inevitable**

La excepción del descubrimiento inevitable (inevitable discovery doctrine) se aplica cuando la actividad ilícita (ejemplo: allanamiento domiciliario sin orden judicial) y sus consecuencias (incautación de drogas) se hubieran conocido por otros caminos que en el futuro, indefectiblemente, se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho (ejemplo: persona que presenció el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo).

Esta excepción se da, entonces, cuando la prueba obtenida ilegítimamente, por sus características, habría sido encontrada de todas maneras tarde o temprano.

Si bien algunos tribunales inferiores la han rechazado sobre la base de que constituye un incentivo para que la policía actúe ilegalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió para casos en que se acreditara por el Estado:

- a) Que la policía no había actuado de mala fe, y solamente con el propósito de acelerar la investigación, recurriendo a un medio ilegal.
- b) Que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta.

En el caso *Nix v. Williams* (1984) se admitió como prueba en contra del procesado un cadáver a cuya localización la policía llegó violando el derecho de aquél a no ser interrogado en ausencia de su abogado defensor. Durante el juicio, la Fiscalía probó que al momento de obtenerse la declaración inválida, la zona donde se hallaba el cadáver estaba siendo rastreada por gran cantidad de agentes policiales y colaboradores. La Suprema Corte norteamericana sostuvo entonces que el descubrimiento de esa prueba era inevitable y que, por lo tanto, no existía entre la ilegalidad policial y la prueba un nexo de entidad suficiente como para justificar su exclusión.

Cabe destacar que la diferencia entre esta excepción y la fuente independiente radica en que en esta última se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable, que sea hipotéticamente factible. También que esta última se distingue por no requerir una línea de investigación distinta, actual y comprobada en el expediente, sino que basta una concatenación hipotética.

Una de las modalidades del descubrimiento inevitable lo constituyen los registros sin orden judicial, pero con causa probable. Conforme a esta excepción, la regla del descubrimiento inevitable se debe aplicar siempre y cuando la policía tenga suficientes pruebas en su poder en el momento de la realización de la acción, que si se hubieran presentado el pedido ante un juez éste hubiera emitido la orden correspondiente. La orden, de acuerdo con este razonamiento, hubiera sido emitida y la policía habría encontrado las pruebas por este medio constitucional. En *United States v. Brown*, un tribunal de apelaciones consideró este argumento y lo rechazó. Aceptar este planteamiento—sostuvo el tribunal—, eliminaría el requisito de una orden judicial previa a un allanamiento en todos los casos en los

que la policía tuviera suficientes pruebas para solicitar una orden judicial, pero que, sin embargo, no lo hiciera. La mayoría de los restantes tribunales que han considerado esta extensión del razonamiento de Nix lo han rechazado. Sin embargo, en *United States v. Souza* (decisión del 10º Circuito de Apelaciones, del 2000), el tribunal de apelaciones permitió la presentación de pruebas obtenidas sin orden judicial porque el Ministerio Fiscal había dado los pasos necesarios para obtener la orden, aunque la policía no la tuviera en mano cuando efectuó el registro.

➤ **Buena Fe**

Esta excepción es común, sobre todo en materia de allanamientos y requisas, cuando por error se lleve a cabo un procedimiento que vulnera la garantía constitucional en juego o su reglamentación, en el cual ha habido buena fe de los funcionarios actuantes.

En el caso *León v. United States* (1984), la Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la buena fe, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia. En dicho caso se analizó la validez de la prueba obtenida como consecuencia de una orden de allanamiento no sustentada en causa probable para su emisión, situación que ignoraban los policías que la llevaron a cabo.

4.6. La prueba prohibida en la jurisprudencia de la corte suprema.

La Corte Suprema de Justicia (la Corte) ha emitido diversos pronunciamientos en torno a la problemática teórica de la prueba prohibida o ilícita. En este sentido, el presente trabajo expondrá algunos de estos pronunciamientos en función a una sistematización que abarque los siguientes puntos: el concepto de prueba prohibida, la diferencia entre prueba prohibida y prueba irregular, las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida, y las excepciones a dichas consecuencias. Es de notar que, resulta especialmente trascendente el abordaje de este tema en los procesos penales e investigaciones contra funcionarios públicos por la presunta comisión de delitos contra la administración pública (actos de corrupción), en tanto es frecuente el conocimiento público de estos actos ilícitos en virtud de grabaciones de comunicaciones telefónicas

subrepticamente interceptadas o videos obtenidos mediante la instalación de cámaras ocultas²⁴.

La Corte en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009 estableció como definición de prueba prohibida o ilícita lo siguiente:

“La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (...)”

Esta definición es la misma que utilizó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC2 de 15 de setiembre de 2003, de tal manera que se reconoce a la prueba prohibida como un tipo de prueba en caso opere alguna de las excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida. No obstante, cabe hacer referencia a lo señalado, posteriormente, por el mismo Tribunal en su sentencia recaída en el expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010, en la cual reconoció a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental:

“...No obstante ello, en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución (...)”

Pronunciamientos de la Corte, también, han abordado la diferenciación entre la prueba irregular y la prueba prohibida o ilícita. En efecto, como se expuso anteriormente, la prueba prohibida es aquella que es obtenida - o actuada – con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales; sin embargo, pueden existir pruebas que no necesariamente vulneraron normas de rango constitucional en su obtención, sino solamente normas de rango infraconstitucional. A estas pruebas la Corte hace referencia como “prueba irregular” en su Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos varios N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004:

“(...) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales (...)”

²⁴ CHANJAN Rafael H. *La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*. EN, Revista Alerta Informativa. Publicado; mayo 2012.

Del mismo modo, se puede percibir la distinción de estos dos conceptos en la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 20078:

“(…) Que, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad y es de mérito, por lo que la vía para hacerla valer no es la tacha, destinada específicamente a cuestionar la falsedad o nulidad de un documento por carecer de una formalidad esencial, sino su inutilización o exclusión por razones constitucionales al ser constitutiva de una prueba prohibida (…)”

Aquí observamos que se sostiene que la prueba irregular es aquella que se cuestiona por vicios en una formalidad esencial, es decir, violación de una norma legal, mientras que la prueba prohibida es aquella que se excluye por veneración de una norma constitucional.

4.6.1. Consecuencias jurídicas de la prueba prohibida.

En principio, como sostiene el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, para la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales debe aplicarse la “regla de la exclusión”, es decir, no se debe valorar la prueba; mientras que para la prueba que deriva de ella, se debe aplicar “la doctrina de los frutos del árbol prohibido o envenenado”, la cual excluye, también, a las pruebas que tienen un nexo causal con la prueba ilícita originaria²⁵.

Ahora, en la doctrina se ha generado un debate en torno a la naturaleza de las consecuencias jurídicas que generaría la prueba prohibida. Se discute si ésta convierte a la prueba en ineficaz, nula, inutilizable, inapreciable, inefectiva, etc.

Habría, primero, que exponer lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la distinción entre efectos procesales y constitucionales de la prueba prohibida:

16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal (…)

²⁵ Véase el fundamento 3° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004. Sobre los necesarios efectos reflejos o indirectos de las pruebas ilícitas por la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado ver MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch: Barcelona. 1999. Pág. 107.

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

17. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

Así, respecto a los efectos procesales de la prueba prohibida, la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos varios N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004, antes citada, sostuvo que la consecuencia jurídica de ésta era la inadmisibilidad e ineficacia de la misma:

“(…) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales (…)”

La misma resolución, señala, más adelante -aparentemente desde una perspectiva constitucional- que la prueba prohibida genera la imposibilidad de valoración de la prueba:

“(…) que la vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante (…)”

De otro lado, la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009 sostuvo que la prueba prohibida genera que la misma no produzca efecto jurídico alguno ni que pueda ser utilizada procesalmente:

“... de modo que la misma (la prueba prohibida) deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable (…)”

Por último, sobre este punto habría que mencionar a la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007, la cual determinó que la ilegitimidad constitucional de la prueba genera su “exclusión”:

“(…) por lo que es evidente la lesión de éste último derecho fundamental, lo que determina la exclusión de la prueba por su evidente ilegitimidad (…)”.

V. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

La pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva; es un mal que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del principio de legalidad²⁶, donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*. Es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito. La pena es retributiva a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad, es intransferible, con ella la sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales.

5.1. Característica de la Pena

Las características que se desarrollan a continuación son las que distinguen a la pena desde un punto de criminal²⁷:

A. Personal

Con respecto a esta característica se entiende que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, atendiendo de esta manera al principio de culpabilidad; por consiguiente, nadie puede ser castigado por ilícitos cometidos por otros, la responsabilidad se entiende que es personal porque va ser aplica a la persona que resulte culpable después de haber llevado a cabo un juicio previo; no obstante, no podemos negar que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a terceras personas, es decir, que a pesar de que es personal tiene trascendencia social.

B. Proporcionalidad

La pena debe ser proporcionada a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar sentencia

²⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima. Ed. Santa Rosa. 2000. Ob., p. 70

²⁷ VV.AA. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Director de la Investigación, José Antonio Caro John. Universidad San Martín de Porres. Lima. Diciembre, 2010. Ob., p. 122 y ss.

condenatoria. **Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena**, basándose en los medios probatorios que se produzcan durante el debate; sería ilógico pensar que una persona que se le encuentre culpable de un hurto de una cadena de oro se le imponga una pena máxima.

C. Determinada

En cuanto a esta característica considero que la pena debe de estar determinada en la legislación penal, el condenado no debe de tener más sufrimiento que el que la ley señala, esta característica va íntimamente relacionada con el principio de legalidad puesto que el juzgador no debe de aplicar una pena que no esté previamente establecida en la ley.

D. Flexible

A la anterior característica le sumamos la de flexibilidad, en el entendido que debe ser fijada la pena dentro del mínimo y máximo que señala la ley, en el artículo 65 del Código Penal se establece que *"el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro de un mínimo y una máximo señalado por la ley, para cada delito"*. Esta característica se extiende a que debe ser flexible también en cuanto a una impugnación para reparar un error judicial; como dice Sebastian Soler, *"la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por el cual supone siempre una posibilidad de equivocación"*.

E. Pronta e ineludible

Una administración de justicia ineficaz consigue con su lentitud que el poder intimidante de la pena desaparezca, la conciencia social perturbada por el crimen quede insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el tiempo, ejemplo latente en estos tiempos son los linchamientos, ya que las personas optan por hacer justicia con su propia mano. En consecuencia, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, por la incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de justicia que es latente cuando el sujeto se encuentre en prisión preventiva.

F. Individualizada

Teniendo en cuenta que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, la ley penal, como toda ley,

responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador al tipificar los hechos constitutivos del delito, no lo hace para alguna persona en particular, lo hace en forma abstracta, de manera de que a la hora de que alguna persona trasgreda la ley exige que debe de individualizar al infractor para poder aplicar la pena.

5.2. Problemática en torno a la desproporcionalidad en la aplicación de las penas

5.2.1. Estado de la cuestión

En nuestra legislación positiva, la postura neo-criminalizadora del legislador significó la exasperación de los marcos penales en el ámbito del Derecho Penal patrimonial, concretamente el delito de robo agravado (art. 189° A) al haberse incorporado la pena de cadena perpetua en el marco penal imponible. Habiéndose producido resultados en realidad irracionales y desproporcionados. De haber condenado con penas de quince años de pena privativa de libertad a individuos por el solo hechos de haber sustraído dinero u otros bienes mediante un empujón a la víctima, lo cual resulta un exceso de punición, que a veces, va corregido en las instancias jurisdiccionales supremas, aplicando este principio, que tiene que ver también con el rechazo a penas inhumanas y abiertamente lesivas a la dignidad humana. Con todo, **el principio de proporcionalidad cumple un rol preponderante, como interdicción a la arbitrariedad judicial, poniendo en primer nivel los presupuestos que deben concurrir para imponer una pena y para fijar su contenido.**

Ahora bien, habiendo esbozado la argumentación teleológica del principio de proporcionalidad de la sanción, pasaremos a describir la modificación efectuada al artículo VIII del título preliminar del Código Penal, efectuada por la ley 28730; la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia o de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes. Con la modificación producida, el legislador lo que ha hecho de *lege lata*, es relativizar la vigencia del principio de proporcionalidad de la sanción cuando aparecen intereses políticos criminales, que nada tienen que ver con los fines que la ley fundamental le asigna al derecho penal, en un orden democrático de

derecho. Concretamente, **la reincidencia y habitualidad suponen la desvinculación del derecho punitivo con el principio de proporcionalidad**, a fin de ejercer una violencia punitiva draconiana, esencialmente sostenida en un derecho penal de autor inclinado a una función exclusivamente represora. En el caso de la reincidencia, es importante hacer recalcar que, esta institución tiene legitimación en cuanto se desliga con un concepto de culpabilidad empírico-normativa, pero con otros matices e ingredientes. Empero, parece que para el legislador, la ratio de esta institución radica en un derecho penal de autor, pues, sino fuese así, no hubiera tenido la necesidad de incluir a la reincidencia en esta modificación normativa²⁸. De ahí que se hace necesaria la exigencia de proporcionalidad por parte de nuestros magistrados al momento de emitir un fallo en un caso concreto, respetando los derechos fundamentales de la persona, los tratados internacionales.

5.2.2. Puntos problemáticos

Uno de los puntos problemáticos sería tratar de regular las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, como aparato coercitivo y el ciudadano, generalmente inerme. Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar límites a su poder penal: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (Derecho Penal garantista), etc. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional. Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas. Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico-penal; en este sentido, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos; aun así, todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad

²⁸ VV.AA. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Director de la Investigación, José Antonio Caro John. Universidad San Martín de Porres. Lima. Diciembre, 2010. Ob. p. 124-125.

y libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico.

La medida de coerción que se impone debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal existente y a su vez se relaciona con el delito doloso o culposo y la gravedad o no de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, entre otros factores propios de la conducta penal y procesal. La comisión de un delito de poca intensidad o considerado leve puede merecer una medida de coerción de su misma intensidad o proporcionalidad. **En este contexto la persistente percepción de inseguridad ciudadana en el país ha obligado al Estado a insistir aún más en su política de incrementar la represión penal;** política estatal que desde hace más de una década se ejecuta precisamente para erradicar ese sentimiento de ausencia de seguridad interna.

Muestra de la perseverancia del Estado en esa dirección constituye la reciente publicación de las leyes N° 28726 y 28730, mediante las cuales se incorpora (por un lado) la reincidencia y la habitualidad como elementos que el juez debe tomar en consideración al emitir sentencia en casos penales, y se modifica (por otro lado) el tratamiento del principio de proporcionalidad de las penas. Con la Ley N° 28730, hay un cambio del sistema de penas aplicables en el Perú, la primera modificación que incorpora esta norma recae sobre el Título Preliminar del Código Penal, referido al principio de proporcionalidad de las penas²⁹.

Este título alberga las bases programáticas e ideológicas fundamentales del sistema penal peruano; así, se estableció que la pena no podía sobrepasar la responsabilidad por el hecho, con lo cual se aseguraba que la sanción por imponerse esté directamente relacionada y, sea proporcional al daño o lesión perpetrada. No obstante, la ley modificatoria determina que esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito, por lo que se abre una peligrosa fractura en una de las piezas claves del sistema de penas; estamos ante una ley modificatoria que vulnera el sistema penal peruano, pues buscan sancionar a una persona como el delincuente reincidente o habitual, no por lo que hace, sino por lo que es.

²⁹ VV.AA. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Director de la Investigación, José Antonio Caro John. Universidad San Martín de Porres. Lima. Diciembre, 2010. Ob. p. 125.

5.2.3. Principio de proporcionalidad en la aplicación de medidas coercitivas

La aplicación de las medidas coercitivas tiene que ceñirse a determinadas reglas, sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley; la medida de precaución debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir; es decir, que una medida coercitiva tiene que ser proporcional con la necesidad o interés principal de la finalidad del proceso, que es su razón de ser.

En el ámbito de la detención domiciliaria encontramos³⁰:

- a. Procede sólo cuando el proceso penal está iniciado y por mandato judicial, no existiendo detención domiciliaria policial dispuesta por la policía
- b. Procede para cualquier inculpado, pudiendo obedecer a situaciones de índole personal del imputado como enfermedad, necesidad laboral o de estudio, lo que hace incompatible su permanencia en un centro penal.
- c. En caso de que el imputado tenga 65 años no obliga al Juez ordenar arresto domiciliario sino también tiene que ver si dicha persona tiene alguna enfermedad, o incapacidad física.
- d. Puede llevarse a cabo en el propio domicilio del inculpado o de otra persona, en un centro hospitalario público o privado.
- e. El imputado puede ser vigilado por un policía o terceros.
- f. La resolución de arresto domiciliario debe indicar el lugar donde estará, el tiempo que ha de durar, obligaciones y prohibiciones, así como la advertencia de revocar la medida en caso de incumplimiento.
- g. Detención domiciliaria absoluta; el arresto se cumple en el lugar fijado sin que el imputado pueda salir del mismo, salvo para ir a las diligencias que programe el juzgado.
- h. Detención domiciliaria relativa; el arresto se cumple pero con salidas autorizadas judicialmente para realizar sus labores o estudios, con el retorno al lugar donde se cumple el arresto.

³⁰ VV.AA. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Director de la Investigación, José Antonio Caro John. Universidad San Martín de Porres. Lima. Diciembre, 2010. Ob. p. 126 y ss.

El arresto domiciliario es una medida cautelar personal provisional, que se ubica dentro de la modalidad de la comparecencia restrictiva; se trata de una alternativa a la detención realizada a los imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente, ya que la ley presume que esta persona requiere una atención y un trato especial que sería imposible brindarle en prisión, por lo que esta medida es excepcional que restringe la libertad de ciertas personas, con la finalidad de cautelar, esto es, proseguir y garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, y evitar la fuga del imputado. Esta restricción de la libertad personal se cumple en el propio domicilio u otro señalado por el Juez, con la vigilancia necesaria. El artículo 47 del Código Penal equipara un día de detención a un día de privación de la libertad, porque ambos son materialmente idénticos, en cambio la comparecencia en la modalidad de arresto domiciliario, no sólo tiene requisitos distintos a los de la detención, sino que en ningún caso se trata de los mismos y responden a requisitos distintos, porque se trata de medidas diferentes, y no es lógico también equiparlos en cuanto a sus efectos. Sobre este tema, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo del 11 de diciembre de 2004, plantea en uno de sus considerandos lo siguiente: (...) otra interrogante surge de si el arresto domiciliario sufrido se deduce del cómputo de la pena privativa de la libertad; considerando un sector que su naturaleza es de aseguramiento al proceso y no el de la pena, por lo tanto es independiente a la ejecución de la sanción, pues no se aplica como una pena anticipada sino por la intensidad del peligro procesal que existe, a fin de poder concluir con el proceso, pues en el caso que se sustrajere no se podría expedir sentencia condenatoria en ausencia o contumacia. Por lo que Acordaron: por mayoría; el arresto domiciliario es sólo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva. Con ello, creemos que toda duda ha de poderse ya esclarecer.

También resulta necesario precisar que, sea cual sea la resolución judicial expedida por el Órgano Jurisdiccional respecto a estas medidas, deberá ser motivada como un principio básico de la función jurisdiccional de rango constitucional; por lo que dicha medida además se extinguirá cuando el proceso penal se termine, si

la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse ni dificultades en su desenvolvimiento que deban evitarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al imputado, la medida también se extingue porque a partir de ella la sentencia despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva. Por lo que con un criterio propio, y aplicando el principio de proporcionalidad, podría descontarse por un día de prisión efectiva cuatro días de arresto domiciliario, pero nunca a razón de un día de prisión efectiva por la de uno de arresto domiciliario.

Si bien es cierto que esta modificatoria ha sido derogada por el Congreso de la República, pero dicha ley por la retroactividad benigna podría aplicarse a algunos casos, es por esta razón que posteriormente es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por ende nulo sus efectos, de allí sale a relucir la interrogante; si el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma derogada, bueno este tema dejamos en debate hasta una próxima publicación.

Sobre la variabilidad de las medidas coercitivas, puede ser aplicada, así como se hace al considerar la medida de detención, también con la comparecencia restringida, para su variación por una comparecencia simple o general.

- Las medidas previstas en este Título podrán variarse, sustituirse o cesar cuando atendiendo a las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad resulte indispensable hacerlo.
- La imposición, variación o cesación se acordarán previo traslado, por tres días, a las partes. Contra estas decisiones procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 278°.

En el ámbito de la Terminación anticipada, como el proceso penal, el nuevo código que se introduce como uno de los mecanismos de simplificación del proceso, que modernamente ha sido incorporado en los códigos procesales y que su finalidad es evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento, si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos de imputación, el primero y obteniendo por ello, el beneficio de la reducción de la pena de una sexta parte. Se trata en esencia en una transacción penal para evitar un proceso innecesario. Por su

parte, el Tribunal Constitucional, también ha perfilado una definición de este mecanismo definiéndolo como el acuerdo entre el procesado y la fiscalía con admisión de culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulan, permitiéndole al encausado la obtención de la disminución punitiva. La introducción de este proceso en nuestra legislación procesal penal, mucho antes de la vigencia del NCPP, responde a una decisión político criminal que parte de la constatación del desbordamiento de los sistemas de impartición de justicia y el fracaso del uso exclusivo de los modelos de procesamientos tradicionales, por lo que podemos entender que se trata de una alternativa al viejo problema de la sobre carga procesal, la lentitud de la administración de justicia, sin embargo, pese a la discrecionalidad que se reconoce a las partes en la actuación de sus pretensiones en el proceso penal, no es absoluta, en especial al Ministerio Público, todavía se mantiene la facultad de control judicial del juez penal a fin de garantizar un acuerdo justo y evitar la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena³¹.

VI. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA CONTRAVIENE EL DEBIDO PROCESO PENAL PERUANO

El derecho a la defensa y el derecho a un debido proceso son garantías procesales fundamentales, las cuales pertenecen a una gama de principios procesales como el de presunción de inocencias, el derecho de tutela jurisdiccional (garantías genéricas) las cuales consolidan las bases de un proceso penal más justo, siendo estas las únicas armas frente al poder punitivo del Estado.

Estas garantías que tienen su origen en el nuevo planteamiento (en su desarrollo y estructura), gracias a la gran irrupción victoriosa de la idea de estado de derecho como garantías para las libertades del ciudadano y de la limitación de la intervención estatal, bajo el presupuesto que el estado debe reconocer los derechos inviolables de la persona.

Alberto Binder, señala que hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. Del mismo modo Julio Maier señala que las garantías procesales son las seguridades que se otorga para impedir que el goce efectivo de esos derechos (los fundamentales) sea conculcado por el ejercicio del poder

³¹ VV.AA. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Director de la Investigación, José Antonio Caro John. Universidad San Martín de Porres. Lima. Diciembre, 2010. Ob. p. 127-128.

estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico de repelerlo.

Por otro lado Luigi FERRAJOLI hace una comparación de las garantías materiales y procesales sosteniendo que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa.

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, en el que hacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse actividad procesal.

En este sentido debe tenerse en cuenta que en la doctrina estos principios persiguen cuatro finalidades:

- a) Orientan la actividad de los jueces, fiscales y de quienes intervienen en el proceso, al aplicar los dispositivos del código cuando no hay una disposición expresa para un caso particular no prevista.
- b) Reconocen atributos y garantías especiales a las personas que directa o indirectamente se ven involucrados en un proceso penal.
- c) Orientan la aplicación o interpretación de la ley, al confrontarse un caso concreto. Precisamente la interpretación sistemática tiene una fuente en los principios fundamentales.
- d) Inspiran la función legislativa posterior; es decir, que las nuevas leyes procesales que se den en el futuro deben adecuarse a estos principios.

Entre tratados internacionales que amparan estos principios fundamentales, podemos citar:

- Carta de las Naciones Unidas aprobada en San Francisco el 25 de junio de 1945.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, probada en Bogotá en 1948.
- Declaración Universal de Los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por asamblea General de las naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.
- Convención Americana sobre derechos Humanos aprobada en san José de Costa Rica el 18 de Noviembre de 1969.

Estos tratados internacionales suscritos por nuestros países hermanos han servido como hitos históricos , que a la vez han sido adoptado en nuestro ordenamiento jurídico , de forma general en nuestras cartas magnas , y de forma especial en los códigos procesales penales, siendo como dice **Ferrajoli** garantías de libertad.

Teniendo como base lo que significan estas garantías fundamentales materializadas o mejor dicho positivizadas en las constituciones políticas de los países que gozan del privilegio del estado de derecho. Nos atreveremos a fundamentar el derecho a la defensa como derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso.

El principio de derecho a la defensa es intangible debido a que todo ciudadano tiene derecho a defenderse de los cargos que se le realicen en el transcurso de un proceso penal. Los antecedentes de este derecho se remonta al derecho anglosajón y el de Iluminismo, siendo recogidos esta garantía por los tratados internacionales encargados de velar por la correcta viabilización del proceso por el rumbo de la justicia.

Entre estos tratados tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su articulado 11, inc. 1, que a pie de letra dice: **“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad , conforme a ley y en juicios públicos y en el que se le hallen asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”**.

De igual modo este derecho es acogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14 inc. 3 acápite “d” en el cual hace referencia que la personal “ al hallarse presente en proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección ; a ser informada; si no tuviera defensor , del derecho que le asiste tenerlo , y

siempre que el interés de la justicia lo exija a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlos”

Por otro lado la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica adopta esta garantía en su artículo 8 inc. 2 acápite “e” que dice : “la persona tiene derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado , remunerado o no según la legislación interna , si el inculcado no se defendiese personalmente por sí mismo ni nombre defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

Como vemos todos estos tratados que han albergado en sus senos a esta garantía tienen en común que aquel es de suma importancia, debido que va garantizar que el proceso penal se encuentre dentro del ámbito de racionalidad y de igualdad de derechos o como aquello que se denomina en inglés Fair trial.

El derecho de defensa cumple dentro del proceso penal un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías, por la otra, es la garantía que torna operativa a todas las demás. Por ello , el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales .la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, por que es el único que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro del proceso penal es así que este derecho si no es cumplido debidamente puede acarrear las muy conocidas nulidades procesales debido a l vulneración u omisión de este .

Es por ello que en Sudamérica este principio es adoptado por las constituciones de los estados hermanos del Perú como a continuación veremos:

- **Bolivia.-** Se reconoce el carácter inviolable del derecho de defensa en un proceso judicial. Asimismo la necesidad de asistencia letrada desde el momento de detención del inculcado Constitución Política en su art.16.
- **Chile.-** Asegura a todas las personas el derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, no cabiendo impedimento o restricción alguna por parte de autoridad o persona cualquiera (Constitución Política, Art. 19).
- **Colombia.-** Reconoce a los sindicados el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. Se establece el deber de reglamentar por ley los supuestos en los que la persona puede acceder a la

administración de justicia sin representación de abogado, no limitando el acceso a la administración de justicia mediante la defensa cautiva. Constitución Política, (Arts. 29 y 229)

- **Ecuador.-** Establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. No se podrá efectuar interrogatorio alguno sin la asistencia de un abogado defensor; la contravención de esta disposición priva de eficacia probatoria a cualquier diligencia que se efectúe. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intra familiar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos. Constitución Política, Art. 24
- **Perú.-** Reconoce el derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Asimismo, establece el derecho a la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos, en los casos que la ley señala. Constitución Política, Art. 139, Incisos 14 y 16
- **Venezuela.-** La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Constitución Política, Art. 49, Inciso 1)

6.1. El Derecho a Defensa.

Es un Derecho fundamental e imprescriptible en un debido proceso, que permite al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción con igualdad de armas³². Y es que el derecho a la defensa del imputado – lo que no implica que los sujetos procesales no gocen también de este derecho – comprende la facultad, de controlar la prueba de cargo, en la de probar los hechos que procuran una exclusión o atenuación de responsabilidad, y todas aquellas que signifiquen la obtención de lo más favorable al acusado.

Sánchez Viamonte se hace presente ubicando a este derecho relacionándolo con los derechos esenciales del hombre, vinculado a los valores de libertad

³² ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal*. 2da edición. Editorial Alternativas. Lima.1996., p.29

y de seguridad jurídica. Para el destacado constitucionalista, sin libertad de defensa no puede haber juicio propiamente dicho, siendo este uno de los requisitos del **debido proceso**. En la misma línea de pensamiento, **Linares Quintana** destaca que el derecho de la defensa significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia y la facultad de llevar a cabo antes dicho poder “todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa personal de su persona o de sus derechos de juicio³³.”

Por otro lado **Caroca Pérez** advierte las dos dimensiones del derecho de defensa leal primero como **derecho subjetivo** debido a que es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son la **irrenunciabilidad** (la parte no puede decidir que no se le concede la oportunidad de defenderse) y su **inalienabilidad** (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros. En cuanto a la segunda como **garantía del proceso**, esta dimensión de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.

Pero para ejercitar este derecho la doctrina ha reconocido dos formas:

A. La material.

Que se ejercita personalmente, por lo que también se llama autodefensa y se materializa mediante manifestaciones de voluntad, haciéndose escuchar las veces que se considere importante, abstenerse de declarar, presentando peticiones de diverso orden, confrontándose con quienes la ley lo permite. Este derecho está garantizado por el INCD, art 8 de la convención americana sobre derechos humanos de San José y el inc. d del art.14 del pacto internacional.

B. La Formal.

Que se ejercita por un profesional en el derecho que completando las limitaciones las limitaciones del imputado, formula alegatos, intervienen en los interrogatorios y hace las observaciones que considere pertinente³⁴.

³³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso Penal*. Palestra Editores. Lima. 2003., p. 33

³⁴ CATAORA GONZÁLES, Manuel. *Principios del Proceso Penal*. Editorial Idemsa. Lima. 1990

El tribunal constitucional peruano ha establecido que el ejercicio del de Derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal tiene estas dos características, **la defensa material**, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que tome conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo , y otra formal, lo que supone el derecho a un **defensa técnica**, esto es el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas formas de derecho a la defensa forman parte del contenido constitucional protegido del derecho a la defensa .En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión” (STC, exp. N°. 1323-2002 HC/TC, Asunto Silvestre Espinoza, de 9 de julio de 2002, Fj2.)

CARLOS ENRIQUE EDWARDS sintetiza de la siguiente forma el derecho a la defensa sustentándose en los Tratados Internacionales:

1. Asistencia de un traductor.

Esta garantía posibilita el conocimiento y la comprensión del hecho que se incrimina cuando el imputado habla de un idioma diferente del tribunal. Este servicio debe de ser proporcionado en forma gratuita por el Estado. Esta garantía ha sido recepcionado por el Art.122 del C. de P.P.

2. Información del Hecho.

Se refiere al conocimiento efectivo que debe de tener el imputado del hecho que se le atribuye , el cual debe de comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho , con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo .Así se posibilita el ejercicio del derecho de defensa. Esta información debe ser previa o sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal.

3. Inmunidad de la Declaración.

Implica la libertad que tienen el imputado para decir si declara o no durante el proceso penal. Garantía consagrada por los tratados internacionales al establecer el derecho a no ser obligado declara contra sí mismo , ni de declararse culpable en virtud de esa garantía mínima , el silencio del imputado , es decir , su abstención a declarar , e incluso su mendicidad en caso de que declare , no crean una presunción de culpabilidad en su contra.

4. Defensa Técnica.

Constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades la primera la defensa **material** que se realiza por el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial , judicial y la segunda la defensa **técnica** que esta calificada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el estado, cuando no designare defensor.

5. Autodefensa.

El pacto de San José de Costa Rica (Art., 8 ap. 22, d) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14 ap. 3, d) consagra la posibilidad de autodefensa del imputado, l establecer que tiene derecho a defenderse personalmente.

6. Comunicación entre imputado y defensor.

Esta comunicación previa a la realización de cualquier acto procesal tiene por finalidad que el defensor asesore judicialmente , y se extiende aun a los periodos de incomunicación .Los pactos internacionales antes citados los consagran.

7. Preparación de la defensa.

Los tratados de derechos Humanos garantizan la posibilidad que tiene el imputado de preparar adecuadamente su defensa , para lo que puede disponer de los medios adecuados y del tiempo necesario.

8. Producción de Pruebas.

Es otra garantía mínima del derecho de la defensa , tanto el Pacto de San José de Costa Rica , como el Pacto Intencional de Derechos Civiles consagran el derecho de defensa a interrogar testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o perito de otra que pueden arrojar luz sobre los hechos.

9. Recursos.

Otra garantía mínima que tiene el imputado es la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

Luego de haber analizado el derecho a la defensa en Latinoamérica, nos toca referirnos como a recogido el Perú en su tipo constitucional ha este principio fundamental.

Este principio lo encontramos tipificado en la constitución política del Perú en el capítulo VIII referido al Poder Judicial en el artículo 139 inc. 14 que a pie de letra dice: **El principio de no ser privado del derecho a la defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención, tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.**

Nuestro texto constitucional recoge este derecho debido a que lo considera **de carácter esencial y mediante él se protege una parte medular del debido proceso.** Las partes en litigio deben de estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así. Marcial Rubio Correa contiene la idea básica, intrínseca al derecho de defensa .Nos estamos refiriendo a la capacidad de defensa del justiciable debido que este derechos nos garantiza el debido proceso y no acarrea en el futuro las sanciones de nulidad debido a su omisión o vulneración.

El derecho de defensa como garantía de un debido proceso penal comprende una serie de derechos derivados, como son los referidos a saber fundamentos de la imputación, y, si el imputado fue detenido, a conocer los motivos de su detención, a fin de que pueda ejercer su defensa de manera eficaz y logre recobrar su libertad. El derecho a saber los motivos de la detención se cautela con obligación de precisar en forma clara y razonada los hechos que se atribuye al acusado y el delito que se le imputa, y no en forma abstracta o citando únicamente dispositivos legales. En cuanto a la oportunidad de la comunicación, la doctrina establece que, en principio, la persona debe ser informada en el momento de la detención. Si la detención obedece a una acusación formal, se deberá comunicar sin demora y en la brevedad posible (caso de auto judicial de detención)

El derecho de defensa también comprende el derecho a no ser condenado en ausencia, como consecuencia del derecho genérico de ser oído en juicio, pues si se está ausente del proceso no se puede ser oído en juicio, ni defenderse. En realidad este derecho se dirige a los órganos jurisdiccionales, como prohibición de condenar a alguien sin antes haberle oídos. Otro derecho que se incluye es el derecho a una justicia penal gratuita, y la garantía de la defensa de oficio para los imputados insolventes

.Al respecto, **Fernando Tocora** sostiene que la institución de la defensa oficiosa o de pobres se ha convertido a los fines del *Favor Defensionis*. Sabemos cuan numerosas son los hombres y mujeres en situación de pobreza, y especialmente de pobreza extrema, que en razona precisamente de sus carencias ven involucrados en juicios penales, y por ello no pueden contar sino con abogados de oficio, cuya participación se limita, en una gran cantidad de casos, a un papel simbólico .Muchas veces incluso, su participación se limita a las firmas de las actas de las diligencias, sin haber tomado parte de ella; de igual modo, no suelen presentar peticiones, contradicciones ni impugnaciones. Asimismo el imputado tiene derecho a impugnar las resoluciones judiciales que se perjudiquen (art.139, inc.6 de la constitución), a valerse de su propio idioma; aguardar silencio y a no ser obligados a declarar contra su voluntad; y a todo cuanto se ajuste al respecto y vigencia del derecho de defensa.

Víctor Cubas Villanueva en su concepto establece los siguientes efectos de esta garantía constitucional³⁵:

- Disponer de medios para exigir el respeto y efectividad de la defensa.
- La obligación de su respeto por parte de los poderes estatales y de los demás sujetos del ordenamiento.

Es así que la importancia de este derecho es de suma importancia debido que este tiene mucha congruencias con otros principios, es el caso del debido proceso el cual **es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.**

Según Dr. Pablo Sánchez Velarde el debido proceso se entiende de *“aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal : inicio del proceso, actos de investigación , actividad probatoria , las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación, el respecto los términos procesales”*³⁶. Teniendo como referencia estos conceptos podemos consolidar más aun el mensaje de este trabajo , si nos damos cuenta el principio del debido proceso tiene mucha relación con el derecho a la defensa debido a que este último tiene que formar parte en

³⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso Penal*. Palestra Editores. Lima. 2003., p. 36 y ss.

³⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios del Código Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima. 1994. P. 47 y ss.

todos los actos procesales del proceso siendo este un requisito para que el derecho del debido proceso no corra el riesgo de ser nulo, es por ello que este funciona como la válvula reguladora de que tanto que el principio de defensa, del *indubio pro reo* y los demás se respeten y no se omitan o vulneren debido que son las armas que tiene el justiciable a fin de defenderse del manto punitivo del estado.

En suma se contraviene el debido Proceso cuando los siguientes requisitos que pertenecen al derecho a la defensa vulneran:

- Se niega la asistencia de un abogado.
- Se impide al abogado comunicarse con su defendido.
- Se hacen las notificaciones con retraso.
- Se niega el acceso al expediente o las diligencias vinculadas al proceso.
- Se obstaculiza los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparecencia de testigos.

VII. DERECHO A LA INTIMIDAD.

El hombre, si bien es un ser social por naturaleza, ello no le impide que pueda tener un ambiente donde pueda reflexionar, aislado del resto de la colectividad. Reflexión y aislamiento que le va a permitir un mejor desarrollo de su personalidad dentro de la sociedad. Es decir, el hombre necesita de un lugar donde pueda tener un momento de encuentro consigo mismo, un ambiente donde la persona se desenvuelve verdaderamente como es, lo que sería la autenticidad, libre de las tensiones que acarrea las relaciones personales interactivas. Es por ello que el Estado se ve en la necesidad de garantizar la protección del derecho a la intimidad de cada persona y la de su familia, a través de sus órganos competentes.

GARCIA TOMA, refiriéndose al derecho a la intimidad sostiene que³⁷: “*se trata de mantener en reserva aquellas actividades o comportamientos carentes de trascendencia social... en pro de la tranquilidad espiritual y paz interior de la persona y su familia*”.

Al respecto, FERNANDEZ SESSAREGO sostiene que “... requiere el que se respete el aspecto íntimo de su vida privada en cuanto ello no tiene

³⁷ GARCIA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la constitución de 1993*. Universidad de Lima. Fondo de desarrollo Editorial. Lima. 1998. Pág. 86

mayor significación comunitaria y mientras no se oponga o colisione con el interés social”³⁸.

Para HUMBERTO QUIROGA: “*El derecho a la intimidad es aquel por el cual todo individuo puede impedir que los aspectos privados de su vida sean conocidos por terceros o tomen estado público (...)*”

Por su parte KAREL VASAK, citado por Manuel Cepeda, en cuanto al derecho a la intimidad sostiene: “Mediante esta disposición se protege a la persona de la divulgación de hechos relativos a si misma con fines comerciales o profesionales, que afectan su reputación al volver espectáculo público lo que se quiere que sea anónimo (...)”

Efectivamente, basándose las personas en la importancia que tiene este derecho para su tranquilidad y libre desarrollo de su personalidad, es que puede exigir que ciertos aspectos de su vida no sean conocidos por terceros, ni mucho menos publicados; ya que de ocurrir ello le ocasionaría un estado de intranquilidad, zozobra, angustia que le impediría actuar y desarrollarse libremente.

Por nuestra parte entendemos al derecho a la intimidad como aquella Facultad que tiene toda persona para evitar que ciertas situaciones, acontecimientos o comportamientos, de carácter estrictamente personal, pasados o presentes, sean conocidos por terceros, reservándose los solo para sí o también para un número reducido de personas .

Pero, ¿Cuáles son esas situaciones, acontecimientos o comportamientos, considerados como íntimos?

Al respecto, NOVOA MONREAL citado por Morales Godo sostiene que: “... lo complejo que resulta definir el derecho a la vida privada o intimidad; y es que son muchos criterios los que hay que considerar y por ello varía de una persona a otra, de un grupo, de una sociedad a otra; varía también en función de las edades, tradiciones y culturas diferentes”³⁹

Es difícil el tratar de determinar cuáles son aquellas situaciones, actividades o comportamientos que puedan considerarse como de intimidad, debido a la relatividad de este derecho, pues como sostiene Novoa Monreal depende de muchas circunstancias. Estas serían factores sociales, culturales, personales, de la determinación de lo público y lo privado, etc.

³⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Séptima edición. GRILEY. Lima. 1997., pág 74.

³⁹ MORALES GODO, Juan. *El Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de Información*. Grijley. Lima. 1995., pág. 184.

A continuación pasaremos a enumerar una serie de actividades, situaciones y fenómenos considerados como de intimidad según NOVOA MONREAL, citado por Morales Godo⁴⁰:

- a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno.
- b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual;
- c) Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo;
- d) Defectos o anomalías físicas o psíquicos no ostensibles;
- e) Comportamiento del sujeto que no es conocido por extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que estos hacen de aquel;
- f) Apreciaciones de la salud cuyo conocimiento menos cabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto;
- g) Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, estas es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas;
- h) La vida pasada del sujeto en cuanto pueda ser motivo de bochorno para este;
- i) Orígenes familiares que lastimen la posición social y en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil;
- j) El cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción, y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos en cavidades naturales, etc);
- k) Momentos penosos o de excesivo abatimiento, y
- l) En general, todo dato hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbaciones moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc)

VIII. CONCLUSIONES.

Si bien es cierto, es ilegítimo e ilegal que un magistrado disponga gravar las conversaciones privadas de los imputados (reo en cárcel) como medio

⁴⁰ Ibidem., p. 187 y ss.

probatorio de oficio de carácter relevante, cuyo propósito es generar elementos de convicción en el juzgador, a efectos, de no permitir la impunidad de los imputados (de elite); por cuanto, se vulneran derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como son: el derecho a la intimidad, a la defensa y al debido proceso. Es cierto también, que dentro de la doctrina existen ciertas excepciones, que pueden amparar estas medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, como lo señala el maestro Jackobs, que al delincuente potencialmente peligroso se le trata como enemigo en el derecho penal y no como ciudadano y para el presente caso, tratándose de un delito de crimen organizado, es merecedor de ciertas reglas de excepción, para garantizar la estabilidad jurídica del Estado Democrático y la vigencia de su institucionalidad.

Recordemos que la impunidad, genera insatisfacción en los ciudadanos, el cual motiva a deslegitimar a los operadores del derecho y por ende el derecho penal, al permitir la impunidad en meros formalismos y también llamados derechos fundamentales del delincuente.

Ahora bien, creemos que la vigencia de los derechos fundamentales, es una prioridad en todos los campos del derecho, en especial cuando estén siendo amenazados o vulnerados, asimismo, las resoluciones judiciales, deben someterse siempre a un control de constitucionalidad, en consecuencia, toda prueba ilícita, vendría en ilegítima cuando contradicen las garantías de un debido proceso y el derecho a la defensa.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Restricciones a la prueba en la Constitución Brasileña*. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen II N°s. 21-22. Bogotá 1997.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1998.

CATACORA GONZÁLES, Manuel. *Principios del Proceso Penal*. Editorial Idemsa. Lima. 1990

CHANJAN Rafael H. *La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*. EN, Revista Alerta Informativa. Publicado; mayo 2012. Disponible en:

<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=8669>

CEREZO MIR, José. *Obras Completas*. Tomo II. ARA Editores. Lima. 2006.

- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso Penal*. Palestra Editores. Lima. 2003.
- Enciclopedia Libre WIKIPEDIA. *Baltasar Garzón*. Consulta: junio, 26 de 2013. Disponible en:
http://es.wikipedia.org/wiki/Baltasar_Garz%C3%B3n#Caso_G.C3.BCrtel
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Séptima edición. GRIJLEY. Lima. 1997.
- GARCIA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la constitución de 1993*. Universidad de Lima. Fondo de desarrollo Editorial. Lima. 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Editorial Colex. Madrid 2007.
- GÖSSEL, Kart Heinz. *La prueba ilícita en el proceso penal*. En: *Revista de Derecho Penal*. 2001-1, Garantías Constitucionales y nulidades procesales – I. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires 2001.
- JIMENO SENDRA, Vicente y TORRES DEL MORAL, Antonio. *Los Derechos fundamentales y su Protección Jurisdiccional*. Editorial Colex. Madrid. 2007.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch: Barcelona. 1999.
- MORALES GODÓ, Juan. *El Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de Información*. Grijley. Lima. 1995.
- NATAREN NANDAYAPA, Carlos Faustino. *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2007
- Noticias Digital 20Minutos.es. *Operación Gürtel*. Consulta: junio, 27 de 2013. Disponible en:
<http://www.20minutos.es/noticia/455013/0/gurtel/cronologia/corrupcion/>
- Noticias Digital 20Minutos.es. *Las claves para entender al Caso Gürtel, investigado por el Juez Baltasar Garzón*. Consulta: junio, 28 de 2013. Disponible en:
<http://www.20minutos.es/noticia/450095/0/corrupcion/pp/garzon/>
- ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal*. 2da edición. Editorial Alternativas. Lima. 1996.

- PARRA QUIJANO, Jairo. *Pruebas ilícitas*. En: Revista Ius et Veritas. Año VIII, N° 14. Lima, junio 1997.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Pruebas ilícitas*. EN: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1. Lima 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, Editorial Grijley. Lima. 2003.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal*. EN: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal N° 4. Lima 2003.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley. Lima. 2012.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios del Código Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima. 1994.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las prueba en el proceso penal común*. EN, Academia de la Magistratura. Enero 2009. Lima.
- VV.AA. *Principios limitadores de las reformas penales en los tiempos de inseguridad*. Director de la Investigación, José Antonio Caro John. Universidad San Martín de Porres. Lima. Diciembre, 2010.