CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 817-2016/LIMA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Prueba lícita y correcta valoración de la prueba

Sumilla. 1. No es posible calificar de excesivo o desproporcionado el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos archivados, de suerte que impida su utilización en este proceso penal. La medida efectuada por la empresa supera satisfactoriamente los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es de acotar que lo realizado por la empresa era la vía para examinar íntegramente los procedimientos utilizados por la empresa y conocer lo ocurrido, sin esa información y examen no se podía conseguir el propósito buscado –no había otra medida menos moderada para hacerlo: los email era una comunicación necesaria para garantizar una eficaz gestión e información–, y la actividad de fiscalización ejecutada fue ponderada porque se derivó más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. En consecuencia, no fue correcto inutilizar o excluir de la apreciación de la prueba actuada el Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima". **2.** La correcta valoración de la prueba –de todo el material probatorio pertinente, conducente y útil, excluido lo ilícito, si lo hubiere, en tanto forma parte de la garantía de defensa procesal en orden al derecho a la valoración de la prueba pertinente– requiere el examen individual de los medios de prueba y, luego, su análisis conjunto.

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LIMA y por el PROCURADOR PÚBLICO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS contra la sentencia de fojas veintiún mil novecientos treinta y cinco, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis, que absolvió a Edwin Antonio Leiva Herrada y Zoila Milagros Campos Loo (autores), y a José Domingo

Cariola Santa María, Jaime Raúl Yzaguirre Seminario, Esly Arturo Salinas Chávez, Jaime Orlando Cutimanco Panduro, Carlos César Munares Tapia y Jorge Luis Maldonado Taipe (cómplices primarios) de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de colusión en agravio del Estado.

OÍDO el informe oral.

Intervino como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. *De la pretensión impugnativa de las partes acusadoras*

PRIMERO. Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso formalizado de fojas veintidós mil trece, de doce de febrero de dos mil dieciseis, requirió la anulación de la absolución por una deficiente valoración de la prueba, referida a los encausados Leiva Herrada, Cariola Santa María, Izaguirre Seminario, Salinas Chávez y Munares Tapia –cinco de ocho absueltos–. Argumentó que no se tomó en cuenta la testifical del Jefe de Ventas de Automotores Gildemeister Sociedad Anónima, quien involucró en los contactos previos a los acusados, así como la del imputado Munares Tapia el mismo que confirmó esas reuniones en la firma Anjo Tech; que tampoco valoró como correspondía los procedimientos realizados por la empresa auditora Ernst & Young Asesores en la elaboración del Informe de Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Sociedad Anónima, y los correos electrónicos revisados no constituyen prueba ilícita; que tampoco se advirtió las irregularidades en la firma del contrato respectivo y los defectos del contrato consorcial con vulneración de la Ley General de Contrataciones del Estado; que, igualmente, no se tuvo presente las visitas registradas por el imputado Munares Tapia a la aludida empresa Automotores Gildemeister Sociedad Anónima; que el perjuicio ocasionado al Estado asciende a novecientos treinta y dos mil seiscientos noventa y nueve punto setenta soles por los gastos sufridos al realizar otras licitaciones por los vehículos en cuestión, tanto más si la adquisición final representó diez mil novecientos ochenta dólares americanos menos por camioneta adquirida.

SEGUNDO. Que el señor Procurador Público del Estado en su recurso formalizado de fojas veintiún mil novecientos noventa y siete, de doce de febrero de dos mil dieciséis, instó la anulación de la absolución de todos los imputados. Alegó que la exclusión por prueba ilícita no es de aplicación al sub-lite; que la jurisprudencia se decantó por el carácter relativo de la prueba ilícita y reconoció excepciones; que no se valoró la declaración del testigo Rafael Huamán Cornelio, representante de Ernst & Young,

coordinador general del Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno de Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima"; que la prueba de cargo acreditó la intervención delictiva de todos los imputados absueltos; que la reparación civil debe ser de un millón de soles.

§ 3. *De los cargos objeto de acusación fiscal* (*escrita y oral*)

TERCERO. Que, según la acusación fiscal escrita de fojas dieciocho mil seiscientos veinte, de veintiocho de diciembre de dos mil doce, y la acusación oral de fojas veintiún mil seiscientos catorce vuelta, de diez de agosto de dos mil quince, los hechos penalmente relevantes son los siguientes:

A. La conducta delictiva se constituyó alrededor de la Licitación Pública – Proceso de Selección Abreviado PAS número 002-2006-IN-OGA, que se inició el doce de diciembre de dos mil seis, referida a la adquisición de cuatrocientos sesenta y nueve vehículos patrulleros para la Policía Nacional del Perú.

B. Genéricamente, se atribuye a los encausados Leyva Herrada –Coronel PNP de Servicios y Jefe de la Unidad de Investigación y Desarrollo de la Dirección de Logística de la PNP– y Campos Loo –funcionaria de la Oficina de Abastecimientos y Servicios Generales del Ministerio del Interior–, ambos integrantes del Comité Especial a cargo de la aludida Licitación, haberse coludido con los representantes de la empresa consorciada Automotores Gildemeister Sociedad Anónima – Maquinaria Nacional Sociedad Anónima para que obtenga ilícitamente la buena pro, a cuyo efecto concertaron especificaciones técnicas de los vehículos para favorecerlos, así como direccionar el valor referencial de los mismos y sobrevalorarlos en desmedro de los intereses del Estado.

Los *extraneus* involucrados son: **1)** Munares Tapia, Asesor Externo del Ministerio del Interior; **2)** Cariola Santa María, Gerente General de Automotores Gildemeister; **3)** Izaguirre Seminario, Gerente de Administración y Finanzas de Automotores Gildemeister; **4)** Salinas Chávez, encargado de la parte comercial de la empresa Anjo Tech; **5)** Cutimanco Panduro, Gerente General de Anjo Tech; y, **6)** Maldonado Taipe, titular de Mass Automotriz.

C. El Comité Especial estaba integrado por Luis Daniel Avalos Linares, Oscar Padilla Guerra (reemplazó a Jorge Ávila Tovar por Resolución Directoral número numero seiscientos setenta y ocho guion dos mil seis guion IN oblicua cero cinco cero seis, de doce de diciembre de dos mil seis), Edwin Antonio Leiva Herrada, Zoila Milagros Campos Loo y Mario Machado Canevaro [Resolución Directoral número

seiscientos catorce guion dos mil seis guion IN oblicua cero cinco cero cinco, de veintiocho de noviembre de dos mil seis]. Mediante Resolución Directoral número seiscientos setenta y nueve guion dos mil seis guion IN oblicua CE, de doce de diciembre de dos mil seis, de fojas mil seiscientos diez, se aprobó las bases de la licitación pública por proceso de selección abreviado número cero cero dos guion dos mil cinco guion IN guion OGA, referente a la adquisición por reposición de cuatrocientos sesenta y nueve vehículos categoría M1 con carrocería SUV para uso de patrulleros de la Dirección de Logística de la PNP. Compraron las bases de la Licitación un total de doce empresas –incluso Anjo Tech– [fojas mil novecientos cuarenta y dos].

Según el acta de evaluación y calificación de las propuestas técnicas de la mencionada licitación, de fecha veintidós de diciembre de dos mil seis, de fojas tres mil doscientos veintiuno, se descalificó al postor Mass Automotriz Sociedad Anónima por no cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en las bases [éstas corren a fojas mil ochocientos veinticuatro], y se aprobó con cien puntos la propuesta técnica del consorcio Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima – Empresa Maquinaria Nacional Sociedad Anónima –la primera empresa, Mass Automotriz Sociedad Anónima, no recurrió esta exclusión–. La Buena Pro al aludido consorcio, evaluada positivamente la propuesta económica que presentó, se otorgó con fecha veintidós de diciembre de dos mil seis por un monto de cuarenta y cuatro millones quinientos cincuenta mil trescientos diez con cero cero soles [fojas tres mil doscientos veintiocho]. El contrato respectivo se firmó el veintiocho de diciembre de dos mil seis [fojas tres mil doscientos cuarenta y cuatro].

El citado contrato, sin embargo, se anuló mediante la Resolución Ministerial número cero dos cuarenta y cuatro guion dos mil siete guion IN oblicua cero uno cero uno, de treinta de marzo de dos mil siete, por la existencia, conforme a los Informes número cero cero tres guion dos mil siete guion IN guion cero seis cero uno, de veintiuno de febrero de dos mil siete (fojas tres mil novecientos sesenta y ocho), número setecientos seis guion dos mil siete guion IN guion cero dos cero uno, de veintidós de marzo de dos mil siete (fojas tres mil novecientos ochenta y dos), y número setecientos veintitrés guion dos mil siete oblicua IN guion cero dos cero uno, de veintitrés de marzo de dos mil siete (fojas tres mil novecientos ochenta y ocho), de vicios a lo largo del proceso, referidos entre otros a: los actos preparatorios, la pro forma del contrato, la promesa formal de consorcio, el testimonio de contrato de consorcio y las garantías acaecidas todas

antes de la suscripción del contrato; así como también por el sobreprecio en el monto ofertado y contratado con el Estado [fojas dieciocho mil setecientos cuatro].

Por lo demás, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por Resolución número mil diecisiete guion dos mil siete guion TC S3, de dos de agosto de dos mil siete, ratificada por la Resolución número mil doscientos cuarenta guion dos mil siete guion TC guion S3, de veintiocho de agosto de dos mil siete, sancionó a la empresas Gildemeister y Maquinaria Nacional con diez meses de inhabilitación temporal y a la empresa Maquinaria Nacional con inhabilitación definitiva para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por reincidente. Ambas presentaron información inexacta en su promesa formal de consorcio al haber mantenido oculta la participación de Anjo Tech Sociedad Anónima Cerrada, y porque se incluyó a la empresa Maquinaria Nacional, pese a que no efectuaría las obligaciones asumidas.

Con posterioridad, se realizaron dos licitaciones –la segunda fue declarada desierta porque la firma Daewoo International Corporation – Sucursal Peruana – Gun Suplly SAC, ganadora de la buena pro, no se apersonó a suscribir el contrato–. La última licitación, internacional y a cargo de un organismo de Naciones Unidas, adjudicó la buena pro a la empresa Mitsui Automotriz Sociedad Anónima por la adquisición de cuatrocientos cuarenta y cinco camionetas patrulleros 4x2 marca Toyota, por un monto total de ocho millones doscientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y cuatro con veinticinco dólares americanos. Lo que el Estado gastó en las licitaciones, como consecuencia que la primera que se anuló, ascendió a la suma de novecientos treinta y dos mil seiscientos noventa y nueve con setenta y seis soles [Pericia contable de fojas dieciocho mil seiscientos noventa y uno, ratificada plenarialmente a fojas veintiún mil ciento noventa y tres].

D. Los hechos se descubrieron a raíz de denuncias e investigaciones periodísticas, que dieron lugar a la intervención tanto de la Contraloría General de la República como de la Comisión de Investigación de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República.

El Informe de Verificación de Denuncia número cero cero siete guion dos mil siete guion CG/SDR, de seis de julio de dos mil siete, de fojas tres mil novecientos veintiuno, concluyó que: **1.** La Dirección de Logística de la PNP no sustentó adecuadamente el requerimiento de vehículos patrulleros –las características técnicas fundamentales de los patrulleros no fueron incorporadas debidamente–. **2.** Hubo deficiencias en la designación de equipos de trabajo para elaborar el

estudio de mercado, el valor referencial se determinó sobre la base de cotizaciones por unidades vehiculares en lugar de cotizar por una flota de quinientos vehículos, y el valor referencial del patrullero no se determinó sobre la base de una estructura de costos. **3.** Las especificaciones técnicas y criterios de evaluación fueron defectuosos, lo que hubiera conllevado finalmente a la adquisición de patrulleros que no cuenten con las garantías para el desarrollo de sus actividades. **4.** El contrato cuestionado se verificó sin acreditar la formalización de consorcio conforme exige la ley.

El Informe Final de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República de veintisiete de marzo de dos mil siete, de fojas tres mil novecientos noventa, concluyó por (*i*) la existencia de indicios de sobrevaloración en la aludida licitación –se destacó que, como consecuencia de las denuncias periodísticas, se formó en la Presidencia del Consejo de Ministros una Comisión de Renegociación con el Consorcio en cuestión que acordó una disminución en el precio de los vehículos patrulleros y en su equipamiento, de veintiún mil ochocientos a diecinueve mil ochocientos ochenta y tres con cincuenta y cinco dólares, y de siete mil setecientos setenta a dos mil seiscientos dieciséis dólares–; (*ii*) la presencia de indicios de concertación ilegal entre los funcionarios del Ministerio del Interior, que participaron en diferentes etapas de la licitación, con los representantes del consorcio ganador de la buena pro; y, (*iii*) que Cariola Santa María, por Gildemeister, e Izaguirre Seminario, por Maquinaria Nacional, suscribieron con Cutimanco Panduro y Salinas Chávez, por Anjo Tech, un acuerdo privado concertando precios para que la propuesta económica presentada por el Consorcio tenga precios mayores al promedio del mercado.

E. Específicamente, se atribuye al encausado Leyva Herrada haberse concertado con los gerentes de Gildemeister Sociedad Anónima y Anjo Tech Sociedad Anónima Cerrada para establecer las especificaciones técnicas de los patrulleros para que el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional obtenga ventajas y de ese modo obtenga la buena pro. Además, por ser autor del Informe número setecientos treinta guion dos mil seis guion DIRLOG guion PNP oblicua UID que definió la adquisición por el Estado de camionetas SUV 4x2; y, proporcionar a los gerentes de esas empresas información privilegiada, incluso cuando era miembro de Comité Especial.

F. Se imputa a Campos Loo haberse concertado con el consorcio Gildemeister –Maquinaria Nacional y proporcionado información privilegiada utilizando su correo electrónico para que tenga ventajas y

fije precios superiores en los vehículos ofrecidos. Ella intervino en la determinación del valor referencial de los vehículos policiales.

G. Se acusa a Munares Tapia haber orientado el contenido de sus informes para que las especificaciones técnicas de los patrulleros estén acordes a los intereses del consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional y obtenga la buena pro, para lo cual se sobrevaloró el precio de esas unidades vehiculares.

H. Se inculpa a Cariola Santa María haberse concertado con Leiva Herrada y Campos Loo para definir las características técnicas de los patrulleros que debía ofertar Gildemeister, así como haber sobrevalorado el precio de cada vehículo, además de haber tenido contactos personales y electrónicos con Leiva Herrada y Munares Tapia.

I. Se incrimina a Yzaguirre Seminario haberse concertado con Leiva Herrada y Campos Loo para definir las características técnicas de los patrulleros ofertados al Estado, así como incrementar el precio de los referidos vehículos, con quienes tuvo contacto personal e informático, de la misma manera que con Munares Tapia.

J. Se reprocha a Salinas Chávez y Cutimanco Panduro, de la empresa Anjo Tech, haberse concertado con sus coimputados Leiva Herrada y Campos Loo para definir las características técnicas de los patrulleros, además de incrementar el precio de los vehículos, con quienes tuvieron contacto personal e informático. La empresa Anjo Tech, al margen del consorcio y a espaldas del Ministerio del Interior, celebró un acuerdo con el consorcio, con anterioridad al otorgamiento de la buena pro, para encargarse de una tarea precisa, lo que determinó incluso un aumento del precio por unidad vehicular.

K. Finalmente, se atribuye a Maldonado Taipe, de la empresa Mass Automotriz, haberse concertado con los gerentes del consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional para que éste obtenga la buena pro, en cuya virtud simuló la participación de la indicada empresa, como concesionaria de Derco Perú o SUAPSA, y ofertó la camioneta Susuki Grand Nomade sin cumplir con los requisitos técnicos, para coadyuvar a que la licitación continúe y no se declare desierta.

§ 4. *De la sentencia recurrida y del dictamen del señor Fiscal Supremo*

CUARTO. Que la sentencia de instancia estimó lo siguiente:

A. La tacha presentada por el imputado Cariola Santa María contra el Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima" se sustentó en que se vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones. Este informe, insiste, fue

direccionado por la firma Gildemeister Sociedad Anónima para exonerarse de su condición de tercero civil. Además, esta última corporación contrató a una empresa sin dirección en Perú, que desveló presuntamente los discos duros de la computadora que usada. Dicha compañía, además, se llevó los discos duros a Santiago de Chile, donde se manipuló su contenido.

B. Si bien ese informe no es falso en cuanto a su contenido, lo que se cuestiona en esencia es su ilicitud. El correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea de varios de los gerentes de Automotores Gildemeister Sociedad Anónima están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Su intervención solo puede hacerse mediante resolución judicial motivada o a autorización del empleado, tanto más si existe de por medio una expectativa de confidencialidad. La propia empresa tenía como regla no abrir los correos electrónicos enviados o recibidos por sus empleados, por lo que al hacerlo vulneró ese derecho fundamental y, por ende, las fuentes de prueba obtenidas no tienen efecto legal alguno. Además, no está comprobada su autenticidad.

C. A partir de esta exclusión probatoria y al análisis de las demás pruebas de cargo, al considerarlas insuficientes o no relevantes para afirmar un juicio de culpabilidad, absolvió de los cargos a los ocho acusados.

QUINTO. Que el señor Fiscal Supremo en lo Penal en su dictamen de fojas ciento veintiuno del cuaderno de nulidad instó la nulidad de la absolución considerando que la inutilización de los correos electrónicos por vulneración del derecho fundamental al secreto a las comunicaciones es indebida porque se está ante la excepción denominada "descubrimiento inevitable". Por tanto, la información que contiene el Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima" da cuenta del concierto de los *intraneus* con los *extraneus* para obtener la buena pro, coordinando anticipadamente las acciones que debían seguir. Únicamente es de excluir de los cargos al Gerente General de Anjo Tech, Cutimanco Panduro, porque el acuerdo que firmó con el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional es lícito y no revela concierto para perjudicar al Estado en la licitación cuestionada.

§ 5. *Del examen de las pretensiones impugnativas*

SEXTO. Que, ahora bien, con motivo de las denuncias periodísticas no solo se iniciaron investigaciones por la Contraloría General de la República y el Congreso, la propia empresa Automotores Gildemeister Sociedad Anónima

adelantó una auditoría para determinar lo ocurrido. Es así que contrató los servicios de la empresa Ernst & Young Asesores Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada a fin de acceder a la información –física y electrónica– disponible en Automotores Gildemeister Sociedad Anónima entre enero de dos mil cinco y febrero de dos mil siete, recolectar la información electrónica de los involucrados en la referida licitación, examinar los procesos internos llevados a cabo, y entrevistar a los empleados de la compañía que participaron en la licitación cuestionada.

El Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima", de fojas diecinueve mil quinientos noventa y siete a veintiún mil sesenta y cinco, da cuenta de comunicaciones previas y coordinaciones concomitantes y posteriores, por correo electrónico, entre Cariola Santa María, Izaguirre Seminario, Salinas Chávez, Munares Tapia, Maldonado Taipe, Leiva Herrada y Campos Loo; es decir, entre funcionarios del Ministerio del Interior, vinculados a la Licitación PSA número cero cero dos guion dos mil seis guion In guion OGA, y directivos de Gildemeister, Anjo Tech y Maquinaria Nacional. Esa información permitió establecer la existencia de una concertación indebida para que el aludido consorcio ganara la licitación, como en efecto lo hizo, al proporcionársele información sobre la misma y elaborarse las bases técnicas para que se acomoden a las posibilidades del consorcio, incluso con precios sobrevaluados, en perjuicio del Estado.

A los efectos de la obtención de la información electrónica disponible, se contó con dos expertos informáticos de Ernst & Young y la presencia de la Notaria Pública, doctora Ana María Vidal Hermoza, quien certificó el proceso de copiado de las computadoras utilizadas por los gerentes y servidores de Automotores Gildemeister [acta de entrega de discos duros originales, copias fedateados y dos juegos de reproducción de copias fedateadas de fojas diecinueve mil setecientos cuarenta y dos; acta de devolución de discos duros originales de fojas diecinueve mil setecientos cuarenta y cinco; acta de entrega de discos duros de fojas diecinueve mil setecientos cincuenta y cuatro, todas ellas notariales]. El procedimiento y la imposibilidad de una manipulación o contaminación de la información obtenida se acredita no solo con las actas levantadas por la aludida Notaria, sino también con el mérito de las declaraciones plenariales de los dos técnicos informáticos de fojas veintiún mil doscientos ochenta y uno –se utilizaron herramientas forenses para el copiado respectivo–, de la Notaria Vidal Hermoza de fojas veintiún mil trescientos diecisiete y del funcionario de Ernst & Young de fojas veintiún mil trescientos treinta y tres vuelta. Completa esa información la testifical plenarial de Huamán Cornelio, coordinador general del indicado Informe, que da cuenta de las seguridades

adoptadas para recabar y asegurar la información electrónica, así como del trabajo analítico realizado [fojas veintiún mil trescientos cincuenta y dos].

SÉPTIMO. Que corresponde establecer si la inutilización probatoria dispuesta por el Tribunal Superior como consecuencia de haberse considerado inconstitucional, por vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 2 numeral 10 de la Constitución), es decir, la información obtenida de los correos electrónicos archivados en las computadoras del personal de Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima, es jurídicamente correcta.

No está en discusión, desde luego, que la obtención de fuentes de prueba vulnerando un concreto derecho fundamental material –su contenido esencial o constitucionalmente garantizado– obliga al órgano jurisdiccional a la declaración de inutilización de la prueba correspondiente. La inutilización por prueba ilícita, por lo demás, no solo se limita a la vulneración de un derecho fundamental o de un precepto constitucional, también se aplica a la infracción grave de preceptos ordinarios que definen la esencia de la corrección legal autoritativa cuando se trata (*i*) de la obtención de una fuente de prueba o (*ii*) de la actuación de un medio de prueba –así se tiene, por ejemplo, que el Código Procesal Penal de dos mil cuatro consagra numerosos preceptos en esta línea (véase artículos 163 numeral 3, 166 numeral 2, y 184 numeral 3, entre otros)–. Es claro que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada tanto por la Constitución y los Tratados aprobados y ratificados por el Perú –en sus aspectos esenciales o determinantes (derechos de las personas y potestades del poder público)– cuanto por la ley –en sus aspectos específicos y de desarrollo de una concreta institución probatoria, de seguridad, eficacia y fiabilidad del elemento de prueba, y de garantía para los afectados en el ámbito de sus derechos–.

La ilicitud constitucional de una actividad de búsqueda de pruebas –lo más importante, que no la única, en orden al régimen jurídico de la prueba ilícita–, por infringir las reglas de protección dispensadas por la Ley Fundamental y, concurrentemente, la garantía del debido proceso, determina la inutilización de las mismas, es decir, su ineficacia jurídica o exclusión como prueba para sustentar una sentencia y, ante, cualquier otra decisión jurisdiccional. La inutilización, asimismo, no solo se concreta en la prueba originaria sino también se extiende a las pruebas derivadas. Esta es la regla general y básica del derecho probatorio penal en un Estado Constitucional.

Corresponde, por consiguiente, determinar si la obtención de los correos electrónicos archivados en las computadoras revisadas por la empresa

Automotores Gildemeister, a través de la empresa Ernst & Young, vulneró el contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental.

OCTAVO. Que la Sala Superior estimó que el derecho fundamental vulnerado es el derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido por el artículo 2 numeral 10 de la Constitución. Este precepto constitucional, si bien consagra el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados de toda persona, establece específicamente que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley[1].
Es evidente que el contenido de correos electrónicos que remita o reciba un sospechoso puede suministrar una información de mucho valor para la investigación y el proceso; y, además, constituye propiamente una comunicación. Empero, la protección al derecho de las comunicaciones solo alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos (Sentencia del Tribunal Constitucional Español –en adelante, STCE– 70/2002, de 3 de abril). No es, pues, el derecho al secreto de las comunicaciones el concernido en el *sub-lite*, sino el de la intimidad, tutelado por el artículo 2 numeral 7 de la Constitución.[2] El primero –se circunscribe a la comunicación indirecta que ha de valerse de algún medio técnico (postal, telegráfico, telefónico, informático, etcétera)– es un concepto puramente formal –se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (STCE 114/1984, de 29 de noviembre), de suerte que su ámbito de protección o contenido es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, pero únicamente de aquellas comunicaciones que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados, no abiertos (STCE 241/2012, de 17 de diciembre), y solo puede ser dispensado por uno de los comunicantes o por resolución judicial [DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2013, pp. 306/307]–, mientras que el segundo es un concepto de carácter objetivo o material –se otorga

[1] Artículo 2. "*Toda persona tiene derecho:*
10. *Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.*
Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.
Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.
Los Libros...".

[2] Artículo 2. "*Toda persona tiene derecho:*
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.
Toda persona afectada por afirmaciones inexactas...".

protección al ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros en contra de su voluntad (STCE 10/2002, de 17 de enero), por lo que hace referencia a la obligación, por parte de los poderes públicos y de la sociedad, de respetar un ámbito de privacidad en la persona [BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Editorial Tecnos, Novena Edición Actualizada, Madrid, 2014, p.135]–. El derecho a la intimidad, como tal, es aplicable en el ámbito de las relaciones laborales o profesionales, pues allí se pueden generar relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STCE 186/2000, de 10 de julio).

Se trató, en el presente caso, de correos electrónicos –y de la dirección electrónica facilitada por la entidad empresarial al servidor–, que la compañía Automotores Gildemeister, producida la alarma social como consecuencia de la investigación periodística y la consiguiente intervención de diversas autoridades públicas, al margen de la autorización de los sospechosos, obtuvo, abrió, examinó y aportó al proceso. Es un caso, por consiguiente, que exige la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: el derecho a la intimidad del trabajador y el poder de dirección del empresario.

NOVENO. Que la actuación fiscalizadora de la empresa Automotores Gildemeister, es de insistir, se produjo luego de que los hechos fueron de conocimiento público, originó una gran alarma social y las autoridades ya estaban interviniendo. Se trata de unos hechos graves con un fuerte interés público por tratarse de la adquisición de una flota de patrulleros –de relevante importancia para la seguridad ciudadana–, mediante una licitación presuntamente delictiva, en los que podría estar involucrada, de una u otra forma, la plana gerencial de Automotores Gildemeister y diversos cargos del Ministerio del Interior.

Es de reconocer (*i*) que el cúmulo de información que se almacena por su titular en una computadora forma parte de su vida privada y profesional (STCE 173/2011, de 7 de noviembre). (*ii*) Que los correos que envía y recibe el trabajador quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. (*iii*) Que éstos pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, STEDH– Copland de 3 de abril de 2007).

Empero, el ámbito de cobertura del derecho fundamental a la intimidad, en tanto no es un derecho absoluto, está determinado por la existencia de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad, esto es, de que una persona razonablemente entienda que se encuentra al margen de la

observación o del escrutinio ajeno. Por el contrario, no puede abrigarse tales expectativas quien conscientemente participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (STEDH Peck de 28 de enero de 2003).

DÉCIMO. Que, en el presente caso –a diferencia de otros casos en los que la empresa arbitrariamente, sin fundamento razonable y fuera de los marcos de su poder de fiscalización, que en este ámbito se ha de ejercer limitadamente–, es de tener en cuenta dos circunstancias relevantes: **1.** Que la empresa habilitó la aludida herramienta informática para el adecuado cumplimiento de la prestación laboral –no, obviamente, para actividades ilegales o delictivas–. **2.** Que el hecho de que muy probablemente, entre otros mecanismos, el correo electrónico se utilizó para las comunicaciones respectivas de carácter delictivo, pues según indicaban las denuncias periodísticas y en el marco de una fuerte alarma social producida alrededor de la empresa, gerentes de la misma, con la finalidad de obtener la buena pro en la Licitación PSA cero cero dos guion dos mil seis guion IN guion OGA, se concertaron o coludieron con funcionarios del Ministerio del Interior –el delito de colusión está sancionado con una pena grave y genera, por su propia naturaleza, una grave afectación al bien jurídico–. Esto último es lo especialmente significativo en este caso, pues no se está solo ante incumplimientos laborales de los afectados y la exclusiva aplicación de medidas disciplinarias o de un despido, sino ante la comisión de delitos graves en una adquisición de vehículos que concitó gran atención ciudadana por los problemas de orden público que el país afrontaba –en la línea sistemática de la doctrina jurisprudencial inaugurada por la STCE 170/2013, de 7 de octubre–.

Tal circunstancia, entonces, hacía factible y previsible la posibilidad de que las máximas autoridades de la empresa ejercieran su facultad de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral, como a fin de constatar que la utilización del correo electrónico se ciña a fines respetuosos del ordenamiento jurídico y a sus propias directivas internas de buen funcionamiento y licitud. Siendo así, no es posible reconocer que los afectados abrigaban una expectativa razonable de privacidad que determinara la entrada en la esfera de protección del derecho a la intimidad, según ya se ha indicado, asumiendo la doctrina de la STCE 12/2012.

Igualmente, no es posible calificar de excesivo o desproporcionado el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos archivados, de suerte que impida su utilización en este proceso penal. La medida efectuada por la empresa supera satisfactoriamente los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Teniendo como

lineamientos metodológicos lo expuesto en la aludida STCE 170/2013, FJ 5 C, es de acotar que lo realizado por la empresa era la vía para examinar íntegramente los procedimientos utilizados por la empresa y conocer lo ocurrido, sin esa información y examen no se podía conseguir el propósito buscado –no había otra medida menos moderada para hacerlo: los email eran una comunicación necesaria para garantizar una eficaz gestión e información–, y la actividad de fiscalización ejecutada fue ponderada porque se derivó más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Además, la medida era justificada por las sospechas de actuación incorrecta –probablemente delictiva–, al margen de la legalidad, de los trabajadores afectados; asimismo, era idónea para verificar si el trabajador cometió la ilicitud sospechada y de ese modo esclarecer algún tipo de responsabilidad de la empresa como tal y el rol de los servidores en los hechos; además, la medida era necesaria porque el contenido de los correos electrónicos serviría de prueba para afirmar o negar alguna ilicitud –tanto en sede laboral como, probablemente, penal–; y, finalmente, al margen de las garantías con que se ejecutó (intervención de peritos informáticos y de una notaría), ha de partirse del hecho de que se trata de correos electrónicos que tienen entidad (pertinencia y utilidad) para servir de prueba en este proceso penal pues permiten inferir la probable comisión de un delito. No consta del Informe cuestionado que se incluyó correos que reflejen aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial respecto de la nombrada licitación.

En consecuencia, no fue correcto inutilizar o excluir de la apreciación de la prueba actuada el Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima". Éste pudo y debió ser examinado, al igual que el conjunto de correos electrónicos obtenidos, como fuente de prueba lícita y plenamente utilizable. No hacerlo así hizo perder rigor y solidez a la absolución.

UNDÉCIMO. Que, de otro lado, la correcta valoración de la prueba –de todo el material probatorio pertinente, conducente y útil, excluido lo ilícito, si lo hubiere, en tanto forma parte de la garantía de defensa procesal en orden al derecho a la valoración de la prueba pertinente– requiere el examen individual de los medios de prueba y, luego, su análisis conjunto. La apreciación aislada de cada medio de prueba o la sola valoración conjunta de los mismos, no permite, de un lado, un correcto juicio de fiabilidad de los medios de prueba y, de otro, un entendimiento coherente e interrelacionado de los hallazgos probatorios –los unos no se explican sin los otros–.

Por consiguiente, no solo corresponde valorar (*i*) la información relevante contenida en el nombrado Informe –lo que por el error jurídico ya resaltado no se efectuó–, sino también (*ii*) la pericia institucional emanada de la Contraloría General de la República, (*iii*) las actuaciones parlamentarias –en lo que legalmente puede constituir prueba, en especial la documental–, (*iv*) las sucesivas decisiones del Sector Interior con motivo de los hallazgos técnicos de la Contraloría y del Congreso, (*v*) las resoluciones del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y (*vi*) el conjunto de pruebas –personal, pericial y documental– actuadas en esta causa.

Está claro, a partir de las actuaciones indicadas –más allá del Informe empresarial en cuestión–, la serie de irregularidades ocurridas en la Licitación cuestionada –antes, en el mismo momento y con posterioridad a ella–. Éstas pueden catalogarse como indicios de la probable comisión del delito de colusión. Los indicios relacionan a los encausados vinculados al Ministerio del Interior y al consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional. El Tribunal Superior, por consiguiente, deberá evaluar, con apoyo a toda la prueba actuada, su nivel de intervención y, antes, si los indicios son suficientes –plurales, graves concordantes, convergentes o interrelacionados– y si no existe prueba de lo contrario (contraindicios, entre otros).

DUODÉCIMO. Que en la Licitación PSA cero cero dos guion dos mil seis guion IN guion OGA no solo intervino el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional, también lo hizo la empresa Mass Automotriz. Esta empresa fue descalificada al desestimarse su propuesta técnica, y no recurrió esa exclusión.

Se afirma, desde la acusación escrita, que en concierto con el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional y los funcionarios del Ministerio del Interior los titulares de la empresa Mass Automotriz participaron en la licitación para evitar que la declaren desierta (acusación escrita de fojas dieciocho mil seiscientos veinte).

Es verdad que la Opinión número cero cuarenta y nueve guion dos mil trece oblicua DTN de fojas diecinueve mil quinientas tres –leída en el acto oral en la cincuenta y siete sesión de veinticuatro de abril de dos mil quince de fojas veintiún mil cuatrocientos ochenta y cinco–, emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), a propósito de la legislación vigente cuando los hechos, puntualizó que en esa licitación era de aplicación no solo el Decreto de Urgencia número cero veinticuatro guion dos mil seis, sino también el artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado, de modo que cuando una licitación pública realizada a través de un proceso de selección abreviado contaba al menos con una oferta válida,

dicho proceso no podía ser declarado desierto, sino que correspondía otorgar la buena pro al postor que presentó la oferta válida.

Legalmente, entonces, no era necesaria la intervención de Mass Automotriz para la continuación de la licitación; no habría necesidad alguna para coordinar con el consorcio e intervenir en la misma. No obstante, su intervención sí podía calificarse de necesaria para dar una apariencia de pluralidad de participantes en una licitación que concitó gran interés público. Mass Automotriz no recurrió de la exclusión materia del acta de fojas tres mil doscientos veintiuno (acusación oral de fojas veintiún mil seiscientos treinta y cinco vuelta), lo que podría importar un indicio demostrativo de su probable intervención delictiva.

Cabe sostener que Fernando Carlos Del Carpio Ureña en sus declaraciones de fojas mil setenta y siete y diecisiete mil ciento sesenta y cuatro, representante autorizado de Susuki y Chevrolet, por la firma Sociedad Unificada Automotriz del Perú Sociedad Anónima, declaró que no intervinieron porque no contaban con suficientes camionetas Gran Nómade 4x2 marca Susuki ya que en ese año recién se estaba empezando a comercializar dicho modelo. Luego, no tenía sentido que Mass Automotriz ingrese a esa Licitación con dicha camioneta, de imposible venta. Además, Salinas Chávez, vinculado a Mass Automotriz, recibió comunicaciones de funcionarios de Gildemeister, respecto a los cuales se ha limitado a negar su recepción [fojas mil noventa y nueve, dieciséis mil cuatrocientos noventa y uno y diecinueve mil trescientos sesenta y ocho]. Existe, por lo demás, otro correo, probablemente comprometedor, atribuido al encausado Maldonado Taipe [fojas nueve mil ochocientos siete], negado por éste, lo que, en todo caso, debe esclarecerse en un nuevo juicio oral.

DECIMOTERCERO. Que, en esta misma perspectiva, la situación jurídica de los demás imputados, quienes niegan concertación delictiva alguna, debe examinarse a la luz del conjunto de la actividad probatoria, en especial de los correos y de los datos en orden al valor de las camionetas que obtuvieron la buena pro.

Sostuvo, por ejemplo, el encausado Leyva Herrada, como dato singular, que coordinó con los postores por orden superior, y admitió que concurrió a las oficinas del consorcio ganador de la buena pro, antes y después de la licitación, pero para tratar temas relacionados a aspectos técnicos y del equipamiento de los vehículos policiales [fojas setecientos veinticinco, diecisiete mil cuatrocientos cuarenta y cinco y diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve vuelta]. Es verdad que con fecha veintidós y veinticuatro de agosto de dos mil seis se indicó a las empresas que compraron las bases que podían coordinar con él [fojas tres mil cuatrocientos y tres mil cuatrocientos diez a tres mil cuatrocientos dieciséis]; empero, ese solo dato

no significa que el resultado de la licitación, y la forma y circunstancias en que se desarrolló, no fuesen el producto de una lógica delictiva de concertación en perjuicio del Ministerio del Interior –existen, incluso, correos enviados por su hermano Teodosio Wilfredo Leiva Herrada, que en todo momento ayudó a su hermano en esa licitación e incluso fue a las oficinas de las empresas comprometidas en el fraude al Estado [declaraciones de fojas seiscientos uno y dieciséis mil cuatrocientos sesenta y cuatro]–. Es de rigor, analizar el conjunto de lo sucedido y con una actividad probatoria integral y completa decidir lo que en derecho corresponda.

Respecto a los encausados Salinas Chávez y Cutimanco Panduro, vinculados a la empresa Anjo Tech, consta que de consuno intervinieron en varias facetas del procedimiento licitario unidos al consorcio Automotores Gildemeister – Maquinaria Nacional. Existen reuniones de coordinación, visitas a las instalaciones de Automotores Gildemeister, reuniones con Leiva Herrada (con prueba personal y documental), y haber suscrito un convenio con el consorcio, al margen de las reglas de la Licitación. Todo ello, de ser así, revelaría una lógica común de ser parte de la licitación y de los mecanismos de concertación en perjuicio del Estado.

Es de aplicación la concordancia de los artículos 299 y 301 *in fine* del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I.** Declararon **NULA** la sentencia de fojas veintiún mil novecientos treinta y cinco, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis, que absolvió a Edwin Antonio Leiva Herrada y Zoila Milagros Campos Loo (autores), y a José Domingo Cariola Santa María, Jaime Raúl Yzaguirre Seminario, Esly Arturo Salinas Chávez, Jaime Orlando Cutimanco Panduro, Carlos César Munares Tapia y Jorge Luis Maldonado Taipe (cómplices primarios) de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de colusión en agravio del Estado. **II. ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, a la que deberá solicitar el laudo firme vinculado a la nulidad de la licitación cuestionada, la concurrencia de Teodosio Wilfredo Leiva Herrada, las declaraciones y prueba documental materia del Informe del Congreso de la República, así como dar lectura y debatir los correos electrónicos encontrados en la firma Automotores Gildemeister. **III. PREVINIERON** para el nuevo juicio oral tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 298, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al

Tribunal Superior para los fines de ley. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CSM/amon

Lpderecho.pe

LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA EL FUNDAMENTO PARTICULAR ADICIONAL DEL SEÑOR SALAS ARENAS, SIGUIENTE:

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecisiete

1. El proceder de los encausados, entonces trabajadores de la empresa Gildemeister, parece desligado de la citada persona jurídica, en tanto, los actos de esta así lo indican.

2. Es pertinente determinar con claridad para quien –de ser el caso– se habrían concertado y si emplearon o no deslealmente el aparato empresarial para fines ilícitos propios.

S.

SALAS ARENAS

Lpderecho.pe