Derecho a la Prueba y Derecho al Secreto Profesional de los abogados defensores

Sumilla. La inutilización de los resultados de las intervenciones telefónicas autorizadas válidamente y el derecho al secreto profesional que ampara a los abogados de la defensa, vía control difuso de la Ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintinueve de diciembre dos mil dieciséis

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación material interpuesto por los afectados Mariella Valcárcel Angulo y Marco Barreto Guzmán (abogados), contra el auto de vista (véase folios quinientos noventa y cinco), del trece de enero de dos mil quince; que confirmó el de primera instancia (véase folios quinientos), de fecha tres de septiembre de dos mil quince, que declaró infundado el pedido de reexamen judicial del resultado de las intervenciones telefónicas (plasmadas en el Acta de recolección y control de las comunicaciones, del veintiséis de noviembre de dos mil catorce) solicitadas por el Ministerio Público, en el proceso que se sigue contra Emagnor Tessinari Filho y otros, por el delito contra la administración pública-colusión y cohecho activo genérico, en perjuicio del Estado.

Interviene como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en Primera Instancia

PRIMERO. Se tiene que los casacionista Mariella Valcárcel Angulo y Marco Barreto Guzmán (abogados defensores de los procesados Tessinari Filho y Cachuba Nicastro, por el delito contra la administración pública-colusión y cohecho activo genérico, en perjuicio del Estado) solicitaron el reexamen judicial del resultado de las intervenciones telefónicas (dispuesta en las resoluciones uno y dos, del veintidós de octubre y veintiséis de diciembre de dos mil catorce, respectivamente), debido a que se vieron afectados con la intervención, por error, de su línea telefónica, en el primer caso; mientras que en el segundo caso, se extrajeron conversaciones entre esta con una procesada, que no era su defendida (producto de la intervención telefónica de esta última).

SEGUNDO. En efecto, los hechos objeto de análisis giran en torno a lo siguiente:

A. El veintitrés de julio de dos mil catorce, el procesado André Luiz Cachuba Nicastro (ciudadano brasilero, investigado en el proceso seguido por la comisión del delito de colusión, en perjuicio del Estado), en el marco de su manifestación llevada a cabo en las instalaciones del Departamento Desconcentrado contra la Corrupción de Tacna (PNP-DIRCOCOR) entre sus datos personales, dio el número telefónico nueve, nueve, cinco, cinco, siete, uno, cuatro, ocho, nueve (el que posteriormente se descubrió que no le pertenecía, pues era de su abogado Barreto Guzmán).

B. Mediante resolución uno y dos (del veintidós de octubre de dos mil catorce y veintiséis de diciembre de dos mil catorce, respectivamente), el Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Jorge Basadre-Tacna declaró fundado el pedido del levantamiento del secreto de las comunicaciones efectuado por el representante del Ministerio Público y dispuso que se intervengan los números telefónicos de los procesados, entre ellos, el ofrecido por el investigado Cachuba Nicastro.

C. Se intervino la línea telefónica de la procesada Isabel Paco Mamaní, y entre las escuchas que se afectaron estaba una conversación entre esta y la abogada defensora de su coprocesado Tessinari Filho (la letrada Valcárcel Angulo).

Ante ello, los afectados Marco Barreto Guzmán y Mariella Valcárcel Angulo solicitaron el reexamen de dichas intervenciones telefónicas, al amparo del numeral tres, del artículo doscientos treinta y uno, del Código Procesal Penal.

TERCERO. Así, mediante resolución número tres (véase folios quinientos) del tres de septiembre de dos mil quince, el Juzgado Mixto de Investigación Preparatoria de Jorge Basadre declaró infundado el pedido de reexamen de las resoluciones uno y dos, deducido por los afectados, en el proceso que se siguió contra André Cachuba Nicastro y otros, por el delito contra la administración pública-colusión, en perjuicio del Estado; bajo los siguientes fundamentos:

66

A. Que en el caso del abogado Barreto Guzmán, se intervino su línea telefónica, debido a que su patrocinado André Cachuba Nicastro ofreció su número telefónico como suyo.

B. Respecto a la abogada Valcárcel Angulo, su comunicación fue acogida de la conversación que mantuvo con la procesada Isabel Paco Mamani, a quien el Ministerio Público solicitó que se intervenga su línea telefónica.

C. Finalmente, concluyó que la intervención telefónica solicitada por el representante de la Fiscalía fue realizada de manera coherente y razonable, pues guardó relación lógica con los hechos que se habrían suscitado, así como con el petitorio, por lo que desestimó la solicitud esbozada por los afectados.

Contra este Auto los abogados (Barreto Guzmán y Valcárcel Angulo) interpusieron recurso de apelación por escrito (véase folios quinientos doce, el cual fue concedido por auto de folios quinientos veinte, de fecha treinta de septiembre de dos mil quince, y se ordenó elevar los actuados al Superior en grado).

II. Del itinerario del proceso en Segunda Instancia

CUARTO. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones, en el auto de vista (véase folios quinientos noventa y cinco) del trece de enero de dos mil quince, confirmó la resolución de primera instancia (que declaró infundado el pedido de reexamen solicitado por los abogados afectados), bajo los siguientes fundamentos:

A. Que la Resolución Administrativa número cero dos guion dos mil catorce-CE-PJ (emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial) estableció que solo podrá anularse la resolución impugnada

cuando se hayan cometido vicios insubsanables que impidan un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto, lo que a criterio de la referida Sala no ocurrió, pues se cumplió con consignar los datos de los intervenidos, el tiempo de duración de la medida y demás requisitos establecidos en las normas pertinentes.

B. Asimismo, en cuanto al abogado Barreto Guzmán, el *Ad quem* concluyó que en el caso del investigado André Cachuba Nicastro, al no ser nacional sino extranjero, ofreció el número celular de su abogado a efectos de realizar las coordinaciones pertinentes. En ese sentido, agregó que debido a los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía móvil (con las tarjetas prepago) es dificultoso identificar a los titulares y usuarios de los mismos; por lo que dicha exigencia (la identificación del titular de la línea) resulta desproporcionada por innecesaria, para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadora para la investigación de delitos graves, especialmente cuando estos se cometen en el seno de estructuras delictivas.

C. Finalmente, añadió que examinado el registro número veintiséis no se evidencia una conversación abogado-patrocinado, pues la abogada Mariella Valcárcel Angulo mantuvo una conversación con la imputada María Isabel Paco Mamani (titular del número telefónico nueve, cinco, dos, dos, ocho, uno, nueve, cero, cero, y quien contaría con otro abogado defensor apersonado a la causa); lo mismo ocurrió con el letrado Marco Antonio Barreto Guzmán, pues de la lectura del registro número diecisiete se aprecia que también se entrevistó con la misma procesada.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por derecho propio por los afectados Mariella Valcárcel Angulo y Marco Antonio Barreto Guzmán

QUINTO. Si se toma en cuenta el recurso de casación de los afectados con las intervenciones telefónicas (véase folios mil uno) del cuatro de febrero de dos mil dieciséis, en concordancia con lo expresamente aceptado por la Ejecutoria Suprema (véase folios cincuenta y dos, del tres de junio de dos mil dieciséis del cuadernillo), lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

A. El motivo de la casación está vinculado con la inobservancia de preceptos constitucionales de carácter material (artículo cuatrocientos veintinueve, numeral uno, del Código Procesal Penal).

B. La manifiesta ilogicidad en la motivación (artículo cuatrocientos veintinueve, apartado cuatro, del Código Procesal Penal).

C. La denuncia procesalmente relevante en sede de casación estriba en que no se observaron normas constitucionales, como el derecho al respeto del secreto profesional (que ampara a los abogados de la defensa), pues a su entender dicho precepto se transgredió con el uso del resultado de las escuchas telefónicas. Del mismo modo, existió falta de logicidad en la motivación puesto que la Sala Superior manifestó que no era necesario retirar los registros producto de las intervenciones debido a que fueron realizados legalmente; asimismo, arguyó que por ser complejo identificar a los titulares y usuarios de las líneas telefónicas, dicha exigencia resulta innecesaria para la plena garantía del

69

derecho y gravemente perturbadora para la investigación de delitos graves (especialmente cuando estos se cometen en el seno de estructuras delictivas).

D. Asimismo, solicitó un análisis referido a los alcances del reexamen judicial, principalmente: **a)** Cuando los afectados no tienen calidad de investigados. **b)** Cuando existe conflicto entre la actividad probatoria a cargo del Ministerio Público (por medio de intervenciones telefónicas autorizadas válidamente y sus resultados) y el derecho al secreto profesional que ampara a los abogados de la defensa. En efecto, por tratarse de un acceso excepcional al recurso de casación por la vía del artículo cuatrocientos veintisiete, numeral cuatro, del Código Procesal Penal, se aceptó la intervención de esta Sala de Casación el día doce de febrero de dos mil dieciséis y se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha siete de abril de dos mil dieciséis.

SEXTO. Instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO. Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, se señaló para la audiencia de lectura de la misma el día de la fecha.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

OCTAVO. Conforme con lo establecido por la Ejecutoria Suprema (véase folios cincuenta y dos, del cuadernillo de casación) de fecha tres de junio de dos mil dieciséis, el motivo de casación admitido en el presente caso es que la sentencia de vista inobservó las garantías constitucionales de carácter material; asimismo, carece de logicidad en la motivación, por lo que este Supremo Tribunal consideró necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que se "establezca los alcances del reexamen judicial, principalmente: **a)** Cuando los afectados no tienen calidad de investigados. **b)** Cuando exista conflicto entre la actividad probatoria a cargo del Ministerio Público (por medio de intervenciones telefónicas autorizadas válidamente y sus resultados) y el derecho al secreto profesional que ampara a los abogados de la defensa".

NOVENO. Sobre este punto, la defensa de los afectados, en cuanto al pronunciamiento realizado por la Sala Penal de Apelaciones (al confirmar el auto de primera instancia que declaró infundado el pedido de reexamen que dedujo) sostuvo que no tomó en cuenta que: **i)** El secreto profesional es el límite para el uso del resultado de intervenciones telefónicas válidamente autorizadas. **ii)** A pesar de tener conocimiento de que por error se intervino la línea telefónica del abogado Barreto Guzmán no excluyó de dicha escucha; por el contrario, señaló que no

era necesario exigir la plena identificación del titular de dicho número; fundamentos por los cuales considera que el Colegiado Superior inobservó garantías constitucionales de carácter material, lo cual se vio reflejado en la falta de logicidad en la motivación de dicho auto; en similar argumento respondió los agravios planteados por la afectada Valcárcel Angulo, y agregó que no se trató de una conversación abogado-patrocinado.

II. Del análisis el caso planteado

DÉCIMO. En el caso de autos, es propicio analizar los alcances del reexamen judicial cuando se interviene una línea telefónica de un abogado pues, en efecto, ello ocurrió. Por lo que este Supremo Tribunal considera necesario precisar que la naturaleza del reexamen judicial (establecido en el numeral tres, del artículo doscientos treinta y uno, del Código Procesal Penal) es justamente evitar vulneraciones en la ejecución de la medida restrictiva, por ende, el Código Adjetivo es preciso al señalar que dicha medida será recurrible por todo aquel que se sienta afectado con dicha restricción. Por lo que para poder determinar si la acción de intervenir por error el número telefónico de un abogado defensor; y, no obstante, a pesar de saberlo, ilógicamente (el juzgado y la Sala de Apelaciones) desestimaron el pedido de reexamen, considerando que no era necesario exigir la verdadera identidad del usuario. En efecto, se afectó el derecho al secreto profesional y derechos conexos (como garantías material establecida en los numerales siete, diez y dieciocho, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado), por lo que se debe efectuar un test de proporcionalidad, a efectos de ponderar

los bienes jurídicos comprometidos con la escucha de las intervenciones telefónicas a los abogados defensores con los coprocesados de sus defendidos; que, de un lado, se tiene el derecho a la inviolabilidad del secreto profesional, y de otro, el derecho a la obtención de la prueba; en el que deben prevalecer siempre los intereses de más alta jerarquía, que se deben determinar para cada caso concreto, pues el análisis de validez constitucional no puede limitarse a un mero control formal o adjetivo, sino que es necesario un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido de lo que engloba cada uno de los derechos que colisionan entre sí.

DÉCIMO PRIMERO. Como punto de partida podemos señalar que en el caso *sub exámine*, como en muchos otros casos de la realidad cotidiana, se constatan al menos dos cosas evidentes: primero, que es recurrente que los representantes del Ministerio Público adopten medidas que restrinjan el disfrute de derechos fundamentales con una real o aparente buena justificación; y, segundo, que al evaluar la constitucionalidad de esta clase de medidas, los órganos que ejercen jurisdicción pueden generar decisiones contradictorias, debido a las dudas que se tiene al momento de preferir a uno de los dos derechos que se encuentran enfrentados. Como sostiene el jurista Díaz García: "El cruce de estas dos constataciones evidencia una serie de problemas que no pueden dejar indiferente al ciudadano común, al abogado litigante a los propios jueces y menos al jurista"[1]. Entonces,

[1] Díaz García, Iván. "La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción de derechos fundamentales".

cabe hacernos una interrogante: ¿Cómo obtener decisiones judiciales correctas cuando se trata de evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derecho fundamentales?

DÉCIMO SEGUNDO. Para enfrentar el problema procedimental planteado, resulta imprescindible resolver, previamente, un problema conceptual: ¿Qué se entiende por una correcta decisión jurídica cuando se trata de evaluar una medida restrictiva de derechos fundamentales? Al respecto, podemos afirmar que uno de los principios relevantes del ordenamiento constitucional peruano es el respeto y protección de los derechos fundamentales (como el debido proceso); no obstante, al mismo tiempo, resulta evidente que con frecuencia la autoridad debe establecer restricciones al ejercicio de tal derecho con la finalidad de satisfacer otros intereses[2] (derecho a la defensa)[3]. Es así que el cruce de estas dos variables permite afirmar, en buena cuenta, que una decisión judicial que evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales es correcta si permite el disfrute de tales derechos en el mayor grado posible, dentro de las posibilidades que confieren las justificaciones en que se funda la medida que pretende su restricción.

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Año 2011, pág. 169.

[2] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2011, pág. 267.

[3] Sentencia del Tribunal Constitucional, en el expediente N.° 04587-2009-PA/TC Lima (Caso Esteban Marino Avelino Sánchez); precisa que el derecho a la defensa, establecido en el inciso 14, artículo 139, establece que toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. Así, en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.

Por ende, para obtener decisiones judiciales correctas cuando se trata de evaluar medidas restrictivas de derechos fundamentales que presentan una real o buena justificación es necesario contar con instrumentos adecuados para ello, se tiene el denominado "test de proporcionalidad", pues se trata de un mecanismo al servicio del juzgador que persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos, para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada –no excesiva– respecto al fin que se persigue. En otras palabras, se trata de una herramienta que permite examinar la evaluación realizada por el juzgador a la hora de ponderar distintos intereses constitucionales que entran en conflicto.

CAPITULO III

TEST DE PROPORCIONALIDAD

DÉCIMO TERCERO. Al respecto, se debe tener en cuenta que para un mejor desarrollo del test de proporcionalidad en el caso *sub exámine*, se dividirá en tres apartados, cada uno relativo a la aplicación de las reglas que estructuran el examen de proporcionalidad. En consecuencia, en tales apartados se tratará, sucesivamente: **i)** de la regla de idoneidad; **ii)** de la regla de necesidad, y **iii)** de la regla de proporcionalidad, en sentido estricto, o también llamada regla de ponderación.

I. De la regla de idoneidad en el Test de proporcionalidad

1.1. Como punto de partida, podemos señalar que la regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecte el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos: Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas[4] (idoneidad teleológica) y, por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad (idoneidad técnica). En efecto, solo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que ha superado el estándar exigido por esta primera regla.

1. 2. En la práctica, la aplicación de la regla de idoneidad exige realizar cuatro operaciones sucesivas, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera: **i)** Se identificará la medida sometida a control. **ii)** Se determinará él o los fines perseguidos por la misma. **iii)** Se evaluará su idoneidad teleológica. **iv)** Se analizará su idoneidad técnica. Por lo que, para efectos de esta evaluación, se deberá tener presente que el examen de proporcionalidad solo se aplica si la medida implica la lesión de un derecho fundamental. Pues bien, en el caso de autos, la medida afecta el derecho al secreto profesional, por lo que corresponde determinar si pasa por este primer filtro del test de proporcionalidad.

[4] Al respecto, se debe precisar que el jurista Bernal Pulido, en su libro El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (Madrid. Año 2005, 2° Edición, pág. 189), explica que la regla de idoneidad impone, como primera exigencia, que la medida de intervención en los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo.

i) Identificación de la medida sometida a control

1.2.1. La medida sometida a evaluación se expresa en que los afectados Valcárcel Angulo y Barreto Guzmán, en su condición de abogados defensores de los procesados Tessinari Filho y Cachuba Nicastro, respectivamente, sufrieron la intervención de sus líneas telefónicas, mientras conversaban con una coprocesada a la cual no patrocinaban (en el primer caso, intervinieron una conversación que mantenía con la procesada Isabel Paco Mamani, a quien dispusieron se intervenga el teléfono celular; en el segundo caso, intervinieron por error la línea telefónica del abogado Barreto Guzmán, pues a nivel policial su defendido Cachuba Nicastro dio dicho número telefónico). En efecto, la medida consistió en recabar medios probatorios que llevaran a dilucidar los hechos materia de análisis.

ii) Identificación de las finalidades de la medida sometida a control

1.2.2. Conforme con lo establecido en el caso de autos, la finalidad de esta medida fue recabar medios probatorios que hagan llegar a la verdad material (pues se afectó patrimonialmente al Estado, en la Construcción de un sistema de almacenamiento y regulación en el sector de la quebrada Coltani para el mejoramiento de áreas agrícolas del distrito de Ilabaya, provincia de Jorge Basadre, en Tacna, por lo que al tratarse de un delito de corrupción de funcionarios que involucraba a muchas personas, creyeron conveniente la medida). En efecto, dicha medida cumplió con su finalidad.

iii) Evaluación de idoneidad teleológica de la medida

1.2.3. La pretensión de obtener medios probatorios para dilucidar el caso en comento es, claramente, una finalidad legítima. Pues se busca proteger el derecho fundamental al debido proceso, que engloba intrínsecamente el derecho a la prueba (pues una de las garantías que asiste

a las partes en el proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos)[5]. Del mismo modo, contó con todos los requisitos establecidos en la norma (artículo doscientos treinta y doscientos treinta y uno, del Código Procesal Penal). No obstante, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales (límites extrínsecos) como de la propia naturaleza del derecho en cuestión (límites intrínsecos); sin embargo, este punto se analizará posteriormente. En consecuencia, esta finalidad supera el examen de idoneidad teleológica; por tanto, corresponde evaluar su idoneidad instrumental o técnica.

iv) Evaluación de idoneidad técnica de la medida

1.2.4. Para el caso de autos, se debe tener en cuenta que la medida evaluada será técnicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son adecuados. Al respecto, se tiene que la medida de restricción del derecho a la prueba supera el examen de idoneidad técnica debido a que presenta coherencia con la finalidad de proteger el valor verdad (justicia) que se reflejará en la tutela jurisdiccional efectiva.

Por tanto, en vista que la medida y su finalidad son adecuadas –pues ambas cuentan con justificación constitucional que se sustenta en el principio a la

[5] El Tribunal Constitucional en la sentencia N.° 4831-2005-PHC/TC Arequipa (Caso Curse Castro) ha señalado en su cuarto considerando que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

prueba–, resulta pertinente continuar su examen bajo las reglas de necesidad y ponderación.

II. De la regla de necesidad en el test de proporcionalidad

2.1. Al respecto, este Supremo Tribunal precisa que la regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles: **i)** Determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación (lo que se denominará necesidad teleológica). **ii)** Analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales (lo que se denomina necesidad técnica). Por tanto, si la medida es la única idónea se habrá superado el estándar establecido por esta segunda regla, y lo mismo ocurrirá si es la que menos afecta los derechos fundamentales[6].

2.2. Ahora bien, en la práctica, para evaluar la medida que se analiza bajo la regla de necesidad, se debe proceder de la siguiente manera:

i) Identificación de los medios alternativos

2.2.1 Este examen busca establecer la existencia de otras posibilidades distintas o semejantes a la decisión del medio adoptado para conjurar el peligro al bien jurídico que se pretende resguardar.

En el caso *sub exámine*, la finalidad de la intervención de las líneas telefónicas fue someterlas a análisis, a través del resguardo del bien jurídico colectivo (la correcta administración pública y el aseguramiento de los

6 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Editorial Cordillera, 2005, pág. 136.

deberes de lealtad institucional y probidad funcional) y, paralelamente a ello, la búsqueda de tutela del derecho a la prueba (bienes jurídicos intermedios que se encuentran ínsitos en el bien jurídico institucional, debido proceso) en el seno de una investigación fiscal, han podido ser alcanzados mediante el uso de instrumentos alternativos que no sea la incorporación de dichas escuchas (que afectaban a abogados patrocinantes); pues, aun cuando la identificación de la comisión sistemática de estos hechos delictivos y la de sus autores no haya sido específicamente determinada, nada obsta al representante del Ministerio Público, en la búsqueda de medios probatorios, desplegar acciones destinadas a conseguirla a través de otros medios máxime si oportunamente se supo que dichas intervenciones se realizaron a abogados defensores (inmersos en dicho proceso en su calidad de profesionales del derecho). En consecuencia, es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto y al momento de los hechos, resulte menos gravoso a la restricción al secreto profesional con la intervención de los teléfonos celulares de los abogados afectados.

ii) Identificación del grado de afectación de derechos fundamentales

2.2.2. Este tipo de examen se encuentra destinado a determinar la intensidad que causa la medida que limita un derecho fundamental. En ese sentido, la medida sometida a evaluación afectó la libertad que tienen los abogados a comunicarse con los coimputados de sus defendido a efectos de esquematizar la defensa, pues (como ocurrió en el presente caso) al ser varios procesados la suerte de uno podría correrle el otro, por lo que afectar un derecho fundamental individual o subjetivo que tiene todo profesional del derecho de comunicarse con

los procesados, que no son sus defendidos (derecho al secreto profesional, y por ende íntimamente vinculado al derecho a la intimidad, previstas en los numerales siete y dieciocho, del artículo 2 de la Constitución Política) afectó directamente el derecho a la defensa, que a decir del doctor San Martín Castro, no solo se limita a la protección del imputado, sino que también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él[7].

Por ende, a criterio de este Supremo Tribunal mal se haría en respetar solo el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado-patrocinado, pues como se mencionó líneas atrás, con ello se vulneraría de igual forma el derecho a la defensa (el cual engloba un conglomerado de acciones realizadas por los abogados, tendientes a defender una posición). Es así que el Tribunal Constitucional precisó que este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso[8], quien será el encargado de preparar la defensa de acuerdo con su conveniencia.

En efecto, este Supremo Tribunal considera que el derecho al secreto profesional como garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio no puede ser violentada, pues se vulneraría paralelamente el

---

[7] San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición. Lima: Editorial Grijley, 2014, pág. 106

[8] Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 01147-2012-PA/TC LIMA. Caso Luis Enrique Orezzoli Neyra, emitida el dieciséis de enero de dos mil trece.

ejercicio del derecho de defensa, el cual no se limita a reconocer al titular de tales secretos la exigencia de que sean celosamente guardados sino que también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos pretendan desconocerlo de cualquier forma, como el obligar a confesar dichos secretos o poner en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión. En consecuencia, la regla de necesidad no se satisface con la verificación de la falta o ausencia de medios alternativos al empleado (utilización de los intervenciones telefónica, en la que se afectaba a los abogados de los procesados, como medios de prueba), por lo que seguidamente corresponde analizar la regla de ponderación.

III. De la regla de ponderación en el test de proporcionalidad

3.1. Al respecto, la regla de ponderación exige evaluar en función al caso concreto la importancia o prevalencia de los intereses constitucionales en conflicto, donde uno precede o tiene más valor que el otro; es decir, se busca determinar el bien jurídico que es preferido y el que debe ceder en atención a las circunstancias propias de cada caso.

Nuestra Carta Magna reconoce como uno de los derechos fundamentales el de la defensa, el cual contiene intrínsecamente el derecho al secreto profesional (numeral dieciocho, del artículo dos, de la Constitución) y el derecho al debido proceso, en su vertiente a la obtención de la prueba (artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, de la Constitución Política); todo lo cual se traduce en un margen amplio de derechos referidos al derecho al debido proceso, del cual se

desprende el derecho a la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva. En la jerarquía de valoración de los intereses en conflicto, conforme con lo previsto por las normas constitucionales: el derecho a la prueba (estos es, tomar los resultados de las escuchas válidamente acopiadas), frente al derecho al secreto profesional de los abogados en general, se concluye que este debe prevalecer sobre el primero de los citados derechos, por tratarse de un derecho de mayor jerarquía.

CAPÍTULO IV

DIFERENCIA ENTRE VULNERACIÓN DE DERECHOS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

DÉCIMO CUARTO. En efecto, este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria Suprema (véase folios cincuenta y dos, del cuadernillo de casación) de fecha tres de junio de dos mil dieciséis, consideró necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial establecer los alcances del reexamen judicial: **a)** Cuando los afectados no tienen calidad de investigados. **b)** Cuando exista conflicto entre la actividad probatoria a cargo del Ministerio Público (por medio de intervenciones telefónicas autorizadas válidamente y sus resultados) y el derecho al secreto profesional que ampara a los abogados de la defensa, este Colegiado Supremo considera que no debe confundirse vulneración de un derecho (que es una limitación arbitraria e ilegítima de un derecho reconocido constitucionalmente), con restricción de derechos (que es la limitación válida o constitucional de un derecho fundamental, que encuentra sustento en la potestad que tiene toda autoridad jurisdiccional cuando media una ponderación de

derechos fundamentales[9]), pues si bien los derechos fundamentales no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no; esto debido a que se trata de atributos que jamás tienen alcance absoluto.

DÉCIMO QUINTO. Así las cosas, 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. Es por ello que este Supremo Tribunal considera que reconocer que los derechos están sujetos a restricciones no significa restarles facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.

DÉCIMO SEXTO. En efecto, cuando una autoridad jurisdiccional ordinaria limita un derecho de modo razonable y ponderado, ello no configura una vulneración de derechos sino una restricción válida o constitucional. Lo mismo ocurre con una autoridad jurisdiccional cuando restringe derechos válidamente de modo razonable y proporcional[10]. En este sentido, con la debida observancia del test de proporcionalidad, se evidencia que en determinadas circunstancias es legítima la restricción de algunos derechos.

---

[9] Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.° 0048-2004-PI/TC.

[10] Espinoza Saldaña, Eloy. "El test de proporcionalidad es una técnica para la composición de conflictos entre derechos fundamentales". En: *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, 2005, pág. 46.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

DÉCIMO SÉPTIMO. En consecuencia, en el caso materia de autos, resulta evidente que el Juzgado de Investigación Preparatoria, al declarar fundada la solicitud del representante del Ministerio Público, y disponer la intervención de las líneas telefónicas de los procesados André Cachuba Nicastro y María Isabel Paco Mamani (en el primer caso, por error intervinieron el celular de su abogado Barreto Guzmán, pues dicho procesado dio ese número; mientras que en el otro caso, fue en el marco de una conversación que mantenía la letrada Valcárcel Angulo con la segunda procesada, que no era su defendida), fue con la finalidad de restringir derechos, tales como el del secreto a las comunicaciones y a la intimidad. No obstante, luego de tomar conocimiento del error en comento, la Sala de Apelaciones (véase folios quinientos noventa y cinco) confirmó el auto de primera instancia (véase folios quinientos), que declaró infundado el pedido de reexamen interpuesto por derecho propio por los afectados; y señaló que todo se llevó conforme a Ley. En efecto, dicha medida, como se mencionó en los considerandos precedentes, fue tomada de forma razonable y proporcional, pues si bien no hubo vulneración de derechos fundamentales, sí se trató de una restricción de aquellas; sin embargo, tal como se dijo al inicio del presente considerando, este error debió subsanarse y, por consiguiente, ponderar ambos derechos (a la prueba y al secreto profesional); sin embargo, no se hizo, con lo que se inobservó la garantía constitucional material referida al respeto del secreto profesional, de la que gozan todos los abogados.

DÉCIMO OCTAVO. En definitiva, de los fundamentos jurídicos precedentes, se colige fehacientemente que la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter material y la falta de logicidad en la motivación que efectuó la Sala Penal de Apelaciones, al momento de dictar la resolución recurrida, vulneró el derecho al secreto profesional, reconocido constitucionalmente para todos los profesionales (como abogado, médico y periodista) que se encuentra reconocida por los numerales siete, diez y dieciocho, del artículo dos, de nuestra Carta Magna, de las que se desprende el deber de todo profesional (en ámbito de aquella) de mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición (de profesional o técnico en determinada arte o ciencia). Pues tal como ha quedado establecido como doctrina por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sirve de fundamento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reglas fundamentales que rodean al ejercicio de la defensa y conducen a la prohibición de intervenir comunicaciones entre los abogados y los procesados, se gesta sobre la base del derecho a la intimidad, en el entendido que la intimidad profesional de los abogados merece una protección especial, en tanto que el ejercicio de su profesión constituye uno de los pilares del debido proceso, lo cual guarda estrecha relación con el derecho a la defensa; por consiguiente, debe estimarse el recurso de casación interpuesto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación por la causal referida a la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter material (derecho al secreto profesional) y la falta o manifiesta ilogicidad en la motivación (prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y cuatro, del Código Procesal Penal) interpuesto por los afectados Mariella Valcárcel Angulo y Marco Antonio Barreto Guzmán contra la resolución de vista (de folios quinientos noventa y cinco) del trece de enero de dos mil quince; que confirmó el de primera instancia (de folios quinientos) de fecha tres de septiembre de dos mil quince, que declaró infundado el pedido de reexamen judicial del resultado de las intervenciones telefónicas –plasmadas en el Acta de recolección y control de las comunicaciones, del veintiséis de noviembre de dos mil catorce. Ver folios cuatrocientos sesenta y dos–, solicitadas por el Ministerio Público, en el proceso que se sigue contra Emagnor Tessinari Filho y otros, por el delito contra la administración pública-colusión y cohecho activo genérico, en perjuicio del Estado; en consecuencia: **NULO** el Auto de vista (de folios quinientos noventa y cinco) del trece de enero de dos mil quince. Actuando en sede de instancia, y pronunciándose sobre la articulación del reexamen judicial de las intervenciones telefónicas realizadas a los afectados: **REVOCARON** la resolución apelada (de folios quinientos) de fecha tres de septiembre de dos mil quince, que declaró Infundado el pedido de reexamen formulado por los casacionista Mariella Valcárcel Angulo y Marco Antonio Barreto Guzmán. *Reformándola*: **Declararon FUNDADO** el pedido de reexamen judicial del resultado de las intervenciones telefónicas –ordenadas por el Juez de

Investigación Preparatoria, de la provincia de Jorge Basadre, en Tacna, a través de las resoluciones uno y dos, del veintidós de octubre y veintiséis de diciembre de dos mil catorce, respectivamente–, solicitadas por el Ministerio Público, en el proceso que se sigue contra Emagnor Tessinari Filho y otros, por el delito contra la administración pública-colusión y otro, en perjuicio del Estado; en consecuencia: **ORDENARON** se excluya los registros transcritos en el Acta de recolección y control de las comunicaciones (del veintiséis de noviembre de dos mil catorce) signados con los números tres, cuatro, cinco, seis, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veinte, veintiuno, veintidós, veintitrés, veinticuatro, veintiséis, treinta y dos, y treinta y cinco; del proceso seguido contra Emagnor Tessinari Filho y otros, por el delito contra la administración pública-colusión y cohecho activo genérico, en perjuicio del Estado. **II. MANDARON** que la presente sentencia casatoria sea leída en Audiencia Pública. **III. ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior, a efectos de que sean remitidos al Órgano Jurisdiccional competente, y se notifique a las partes procesales.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

PT/marg

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

06 ENE 2017