

Derivados de la prueba ilícita

Los correos electrónicos que son brindados por el empleador no solo constituyen herramientas de trabajo, sino que llevan implícita la posibilidad de fiscalización; por lo que su existencia e incorporación a la investigación debe evaluarse en cada caso en particular, si transgrede o no derechos fundamentales, o si nos encontramos frente a un supuesto de exclusión probatoria.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, treinta de marzo de dos mil veintitrés

VISTO: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **José Luis Infantes Ayala** (folio 284) contra la sentencia de vista del doce de diciembre del dos mil diecinueve (folio 232), por la cual la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia del dieciocho de julio de dos mil diecinueve (folio 86), en el extremo que lo condenó como autor del delito de cohecho pasivo propio, le impuso cinco años de pena privativa de libertad, lo inhabilitó por seis meses y le impuso 180 días-multa; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el auto de enjuiciamiento (folio 05 del expediente judicial), la conducta atribuida es la siguiente:

Se imputa a José Luis Infantes Ayala, ex servidor CAS del Área de la Oficina de Tecnología, Informática y otras comunicaciones de la DIGEMID, ser autor del delito de cohecho pasivo propio, porque mantuvo conversaciones vía correo electrónico del 29 abril 2014 al 27 junio 2014, con el ciudadano Helder Marino Dávila Asenjo, ex trabajador de laboratorio GILSAN S. A. C., donde es gerente general Juan Ubaldo Olazabal Challqui, en relación a tratativas fuera del marco de sus funciones en la DIGEMID, existiendo una solicitud y recepción de dinero por parte de José Luis Infantes Ayala del 12 mayo 2014, de un monto total de S/ 11,600 soles, a fin de que realizara – en violación de sus obligaciones – cambios en el sistema SI-DIGEMID, para que los expedientes del trámite de reinscripción de los productos DOLATOS registro N-25494, DOLATRIM registro N-25204, AMOXIFAR DUO registro N-25533 y XENOPUS registro N-24983, pertenecientes a Corporación D'OLAPHARM SAC, (donde también era gerente general Olazábal Challqui) sean modificados en la base de datos de la DIGEMID, denominado SI-DIGEMID (Sistema Integrado - DIGEMID), siendo que para ello se reactivó la cuenta usuaria de evaluadores que ya no laboraban en la DIGEMID, en estricto la cuenta usuaria "DSENOSAIN" perteneciente al ex evaluador DENNIS SENOSAIN TIMANÁ; habiéndose además reutilizado comprobantes de pago de la tasa de dicho trámite administrativo usadas con anterioridad en trámites similares; todo esto con la finalidad de que en el sistema SI-DIGEMID dichos registros sanitarios aparecieran como que se encontraba pendiente de trámite, generando con ello que dichos productos sigan siendo comercializados a nivel nacional, y logrando con ello un beneficio económico a la empresa Corporación D'OLAPHARM SAC, encargada de comercializar dicho producto farmacéutico. [sic].

Segundo. El Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia del dieciocho de julio de dos mil diecinueve (folio 86), resolvió condenar a José Luis Infantes Ayala como autor del delito de cohecho pasivo propio y del delito de fraude informático, en agravio del Estado, le impuso cinco años de pena privativa de libertad por el primer delito, así como tres años de pena privativa de libertad por el segundo delito, que por concurso real sumaron ocho años de pena efectiva; impuso inhabilitación por el plazo de seis meses, conforme al numeral 2 del artículo 36 del Código Penal; impuso 240 días-multa, y fijó la suma de S/ 10 000 (diez mil soles) por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada, que deberá pagar de forma solidaria con su cosentenciado Juan Ubaldo Olazabal Challqui.

Tercero. Una vez apelada la sentencia, la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista del doce de diciembre de dos mil diecinueve (folio 232), confirmó la sentencia en el extremo que lo condenó como autor del delito de cohecho pasivo propio y, al haberse determinado su absolución por el delito de fraude informático, le impuso cinco años de pena privativa de libertad, lo inhabilitó por seis meses y le impuso 180 días-multa; además, revocó la citada sentencia en el extremo que fijó el pago solidario de S/ 10 000 (diez mil soles) y reformándola fijó en S/ 8000 (ocho mil soles) la reparación civil a favor del actor civil en forma solidaria; esencialmente, por los siguientes argumentos:

DÉCIMO NOVENO. Bajo estos lineamientos jurídicos resulta incuestionable que en la actualidad la regla de exclusión probatoria presenta ciertas excepciones y, de otro lado, que una fuente que niega los derechos fundamentales no necesariamente irradia dicho

efecto negativo sobre la prueba derivada, en todo caso, el efecto reflejo de nulidad si bien es la regla no es menos cierto que podrían advertirse ciertas situaciones excepcionales donde no podría ser aplicada de forma absoluta y rígida. Tal como se colige de las citas invocadas ad supra, en puridad, el análisis que corresponde efectuarse para definir la exclusión de la prueba derivada estriba en la relación causalidad. La inexistencia del vínculo causal es el sustento de la doctrina de la fuente independiente. El juicio probabilístico que pueda ser obtenido por mecanismos legales e inminentes se conoce como descubrimiento inevitable. El debilitamiento del vínculo causal entre la fuente contaminada y la prueba derivada es la doctrina de la antijuridicidad atenuada, y como bien apunta la citada jurisprudencia, la exclusión de la prueba indirecta necesita el análisis no solo de la vinculación fáctica, sino que además del nivel de trasmisión de antijuridicidad, esto es, las causas y efectos que adolece la prueba originaria deben encontrarse en la prueba derivada. No es suficiente la sucesión fáctica, sino que la exclusión debe basarse en que la prueba indirecta, jurídicamente, debe encontrarse contaminada por los efectos negativos de la vulneración a los derechos fundamentales de la que adolece la prueba-fuente.

VIGÉSIMO. En el caso de autos, el A quo ha utilizado la prueba derivada para sustentar la condena de los recurrentes. Por su parte, la defensa recurrente ha cuestionado esa decisión, en tanto que, el Ministerio Público justifica su valoración y para ello invoca de manera inexacta la aplicación de la teoría de la fuente independiente, y subrayamos esto último, porque dicha doctrina exige la concurrencia de dos fuentes excluyentes de origen, la cual no se ha suscitado en este caso, donde únicamente la fuente son los cuestionados correos electrónicos. Al respecto, consideramos que la decisión del juez de primera instancia de no suprimir la eficacia probatoria a la prueba indirecta es correcta en aplicación de la teoría denominada "antijuridicidad atenuada" porque si de un lado tenemos que la vinculación fáctica entre los correos electrónicos y la prueba derivada

es incuestionable, mas no es así en relación al nexo de antijuridicidad. Efectivamente, no es posible afirmar que la prueba derivada se encuentra contaminada con la antijuridicidad de los correos electrónicos, debido a que los medios probatorios personales y documentales obtenidos en la sede de la DIGEMID, además en la sede de la Empresa D'OLAPHARM SAC y el resto de material probatorio derivado que se ha producido; en virtud al cuidado legal en su obtención, no se encuentran contaminados de la antijuridicidad que produce la violación del derecho al secreto de las comunicaciones que afectó a los correos electrónicos. Ninguna de las evidencias "indirectas" de autos podrían cuestionarse como afectaciones directas al secreto de las comunicaciones u otro derecho fundamental, por el contrario, diligencias realizadas en las instalaciones de la DIGEMID, entre ellas, por ejemplo, la incautación del equipo de cómputo del sentenciado José Luis Infantes Ayala ha sido realizada en su presencia y éste firmó el acta en señal de conformidad, por ello, al margen de la vinculación fáctica que la hay y resulta innegable, la vinculación jurídica es casi inexistente. Otra situación acontece cuando con el dato de la fuente excluida se vulnera derechos fundamentales para obtener prueba derivada, aun cuando fuese mínima la negación de las garantías constitucionales, indudablemente en ese caso estaría justificada la exclusión de la fuente y la prueba "indirecta", pues los eslabones probatorios producidos han dejado sin contenido esencial a los derechos fundamentales de ninguna manera podrían ampararse. En nuestro caso, la casi inexistente antijuridicidad en la prueba derivada justifica su eficacia probatoria. [sic].

II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Cuarto. Este Tribunal Supremo, mediante resolución del veintitrés de junio de dos mil veintidós (folio 135 del cuadernillo formado en esta instancia suprema), concedió el recurso de casación propuesto por las

causales previstas en los numerales 1 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

III. Audiencia de casación

Quinto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el trece de marzo del año en curso (folio 149 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de la parte recurrente, quien expuso los argumentos propuestos en su recurso de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento.

IV. Fundamentos de derecho

Sexto. Este Supremo Tribunal, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación propuesto por los sentenciados para desarrollar como doctrina jurisprudencial vinculante respecto a si las pruebas derivadas de la prueba originaria pueden ser valoradas al haberse declarado ilícita esta última —impresos de correos electrónicos con el cual se pretendía acreditar que los cosentenciados mantuvieron comunicación—, que también fue declarada inválida para el proceso penal, con la anuencia del Ministerio Público; o si, por el contrario, corresponde aplicar la teoría denominada “antijuridicidad atenuada”, señalada en la sentencia de vista, para lo cual se deberá tener en consideración el artículo 159 del Código Procesal Penal, así como la Casación n.º 591-2015/Huánuco y otras referidas a la exclusión de prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal.

Séptimo. Preliminarmente, es de destacar que el artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal prevé:

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Octavo. Asimismo, el artículo 159 del Código Procesal Penal señala:

1. 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.

Noveno. Este Tribunal Supremo mediante la Casación n.º 591-2015/Huánuco del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, sobre la prueba irregular, estableció:

Décimo Noveno. Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental.

Décimo. Sobre el particular, del auto de enjuiciamiento (folio 5), verificamos que se admitió como pruebas documentales, entre

otros, los impresos de correos electrónicos; ahora bien, existe en la sentencia de primera instancia un apartado sobre la prueba prohibida, en el cual se analizó y determinó que los correos electrónicos no resisten un análisis lógico respecto a que se habrían encontrado de manera circunstancial.

Undécimo. Por otro lado, los correos electrónicos que son brindados por el empleador no solo constituyen herramientas de trabajo, sino que llevan implícita la posibilidad de fiscalización; por lo que, de realizarse – lo cual no ocurrió –, debe evaluarse en cada caso en particular si transgrede derechos fundamentales.

Duodécimo. Así también lo entendió el Tribunal Constitucional de España² en el Recurso de Amparo n.º 2907-2011, del siete de octubre de dos mil trece, donde ha precisado que:

[l]a expresa prohibición convencional del uso extra-laboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe.

la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet [...]. Sin embargo, en el supuesto que ahora nos ocupa, el régimen jurídico aplicable en la empresa respecto al uso

² Tribunal Constitucional de España, Recurso de Amparo n.º 2907-2011 del siete de octubre de dos mil trece. En: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11681

de las herramientas informáticas de su propiedad hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador [...].

Decimotercero. En el caso de autos, se excluyeron los correos institucionales del acervo probatorio, empero fluye de los actuados que el Informe Legal n.º 016-2015-ALDG-EGAC-DIGEMIT.MINSA, del ocho de abril de dos mil quince, lo realizó la asesora legal de la DIGEMID Elsa Gladys Acosta Conchucos de Pizarro, en atención a que un personal de la oficina de informática de tecnología y comunicación (OTIC), el seis de abril de dos mil quince, se le acercó y le manifestó que había encontrado ciertos documentos en la impresora donde trabajaba, esto es, a partir del relato de un trabajador; así, no se ampararon de forma primigenia en los correos propiamente como se pretende, aun cuando adicionalmente a su dicho acompañó los mismos, tanto más porque los documentos estaban en una impresora a disposición de cualquiera —incluso del titular—.

Decimocuarto. Además, sin perjuicio de lo antes mencionado, es preciso destacar que este Tribunal Supremo en la Apelación n.º 81-2022/Lima Este, del primero de diciembre de dos mil veintidós, desarrolló la doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada y dejó establecido lo siguiente:

La doctrina original de las reglas de exclusión de la prueba posee algunas excepciones jurisprudenciales, su aplicación concreta dependerá ineludiblemente de la casuística y de que el balance de proporcionalidad entre el derecho rescatado y el derecho disminuido incline la balanza a favor del primero, sin que, en ningún caso, pueda eliminarse o desaparecer el derecho postergado, en el test de

ponderación. Una de esas excepciones es la doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada, la cual, si bien permite que entre la prueba aceptable procesalmente y la prueba prohibida pueda existir alguna relación o derivación, posee también criterios de aplicación recogidos de la jurisprudencia, sin la condición de concurrentes o convergentes.

Decimoquinto. En esa línea, observamos que en el caso de autos, sin perjuicio del criterio adoptado en juzgamiento respecto a los correos electrónicos, no concurren los criterios que habilitarían la aplicación de la doctrina del vínculo atenuado, en tanto el Informe Legal n.º 016-2015-ALDG-EGAC-DIGEMIT.MINSA del ocho de abril de dos mil quince de la asesora legal de la DIGEMID Elsa Gladys Acosta Conchucos de Pizarro que dio origen a los actos de investigación por parte del Ministerio Público no es prueba prohibida y no se valoraron propiamente los correos electrónicos, a lo cual se suma la concurrencia de la facultad de fiscalización del empleador del recurrente y la previsibilidad de la posibilidad de que aquél ejerciera dicha facultad sobre los correos electrónicos.

Decimosexto. Además, concurre prueba indiciaria que dan cuenta de la responsabilidad del recurrente, como la Nota Informativa n.º 655-15-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA del veintinueve de diciembre de dos mil quince, que fuera adjuntada al Oficio n.º 325-2016-DIGEMID-DG-EA/MINSA del tres de febrero de dos mil dieciséis, por la cual se demostró que D'OLAPHARM SAC tenía registros sanitarios vencidos al año dos mil catorce y que en los archivos de DIGEMID no se encontraban físicamente los expedientes relacionados a las presuntas solicitudes de reinscripción; la testimonial de Erica Yukiko Nishihara respecto a que las solicitudes de

reinscripción de registros sanitarios y sus respectivos expedientes no existían físicamente en la DIGEMID; el acta fiscal de verificación de trámite de reinscripción en el Si-Digemid y la recepción de documentos y reportes del veinticinco de agosto de dos mil dieciséis respecto a que en el sistema informático de la agraviada se varió la información correspondiente al servidor público que recepcionó determinadas solicitudes; el acta de diligencia fiscal de verificación de los trámites de reinscripción de registros sanitarios y recepción de documentos del veinticinco de agosto de dos mil dieciséis, respecto a que Dennis Senosaín Tomaná fue trabajador de DIGEMID hasta el veintitrés de septiembre de dos mil trece, y durante el año dos mil catorce su usuario fue utilizado para modificar el sistema Sidigemid para consignar pedidos de reinscripciones, lo cual guarda relación con su testimonial respecto a que no laboraba desde un año antes de los hechos; la testimonial de Julio Antonio Cuadros Béjar en relación a que el recurrente podía realizar la modificación de ingresos de inscripción y reinscripción en el sistema, y solo aquel tenía facultades de su jefe inmediato para realizarlo; la testimonial de Roger Dante Carrión Escobar respecto a que el recurrente y el señor Daniel (no identificado) tenían dentro de sus funciones la modificación del sistema, pese a que existían otras personas que laboraban en la misma oficina.

Decimoséptimo. Del mismo modo, obra el Oficio n.º 3168-2016-DIGEMID-DG-EA/MINSA, del ocho de septiembre de dos mil dieciséis, respecto a que la información que brinda la hoja informativa revela que las modificaciones fueron realizadas en el sistema Sid-Digemid, en la que se adulteró la misma desde una cuenta de “usuario

administrador", necesariamente por un integrante de la Oficina de Desarrollo y Soporte de la Oficina de Tecnología de la Información y Comunicaciones; la Nota Informativa n.º 079-2016-Digemid-DG-EA-OTIC/Minsa, del tres de agosto de dos mil dieciséis, respecto a que el recurrente estaba facultado para realizar modificaciones a la información almacenada previa autorización; el acta fiscal de incautación del uno de junio de dos mil dieciséis respecto a la incautación del equipo de cómputo del recurrente; el Oficio n.º 1931-2015-DIGEMID-DG-EA/MINSA, del veintidós de julio de dos mil quince, que revela que el recurrente, un día después de que se llevara a cabo la incautación del equipo de cómputo que se le había asignado, hizo abandono de trabajo; el Oficio n.º 325-2016-DIGEMID-DG-EA/MINSA, del tres de febrero de dos mil dieciséis, respecto a que el recurrente tenía abierta una cuenta en el Banco de la Nación para recibir sus remuneraciones y que estas no sobrepasaban los S/ 2300 (dos mil trescientos soles) mensuales; el documento remitido por el Banco de Crédito del Perú, del treinta y uno de agosto de dos mil quince, respecto a que el quince de mayo de dos mil catorce el recurrente abrió una cuenta bancaria en dicho banco y se hicieron depósitos en dicha cuenta por sumas superiores a sus ingresos, las cuales no justificó; así como el documento del Banco de Crédito del Perú, del diez de enero de dos mil diecisiete, respecto a que en la fecha en que se apertura la cuenta de ahorros recibió tres depósitos de dinero por sumas superiores a sus ingresos, hasta por la suma de S/ 12 415.11 (doce mil cuatrocientos quince soles con once céntimos).

Decimoctavo. Estando a lo expuesto, habiéndose determinado que las pruebas aportadas por el Ministerio Público se obtuvieron a partir de la comunicación del hecho criminal y que concurre prueba suficiente de la responsabilidad penal del recurrente, el recurso de casación propuesto deviene en infundado.

V. Imposición del pago de costas

Decimonoveno. Al no existir razones objetivas para exonerar al sentenciado José Luis Infantes Ayala de la condena de las costas procesales, por interponer un recurso sin resultado favorable, corresponde imponerle el pago de este concepto, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **José Luis Infantes Ayala** (folio 284), en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del doce de diciembre del dos mil diecinueve (folio 232), por la cual la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia del dieciocho de julio de dos mil diecinueve (folios 86), en el extremo que lo condenó como autor del delito de cohecho pasivo propio, le impuso cinco años de pena privativa de libertad, lo inhabilitó por seis meses y le impuso 180 días-multa.

- II. **CONDENARON** al recurrente José Luis Infantes Ayala al pago de las costas del recurso presentado; en consecuencia, **CUMPLA** la Secretaría de esta Sala Suprema con realizar la liquidación y el Juzgado de Investigación Preparatoria competente con efectuar el requerimiento de pago.
- III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema; acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CH/MAGL