



Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho penal

Nota Previa: En un artículo publicado en el Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, tomo LIV, correspondiente al año 2001, páginas 5 y siguientes, sobre “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, su autor, Enrique Gimbernat Ordeig, aprovecha para añadir una *ADDENDA* (páginas 20 a 26) en la que, sin que tenga nada que ver con el tema del que se ocupa en páginas anteriores, critica un dictamen que hice en mayo del año 2001 a petición de un colega y abogado limeño *SOBRE EL VALOR PROBATORIO EN UN PROCESO PENAL DE GRABACIONES DE CONVERSACIONES OBTENIDAS MEDIANTE VÍDEOS Y RELEVANCIA PENAL DE LAS CONVERSACIONES GRABADAS EN ELLOS*. El caso que servía de base a dicho dictamen eran las grabaciones y vídeos que el político peruano asesor del Presidente Fujimori, Montesinos, había realizado de su entrevista con representantes de una empresa dedicada a la fabricación de pastas y productos alimenticios, en las que éstos solicitaban su mediación en problemas y dificultades que tenían con la Municipalidad de Lima que injustamente, a su juicio, les había denegado la licencia para la construcción de instalaciones de su industria en determinada zona de la ciudad. En dicho dictamen mantenía (mantengo) una tesis contraria a la valoración como prueba en un proceso que por presunto *delito de tráfico de influencias* se seguía entonces contra los representantes de dicha empresa, basándome para ello sobre todo en el carácter delictivo de las grabaciones de esas conversaciones llevadas a cabo ilegalmente por Montesinos, cuya actuación reiteradamente a lo largo del dictamen califico, entre otras cosas, “no sólo de inmoral, sino de abuso de poder y por tanto, de arbitraria y antijurídica”, o de “claramente delictiva” (cfr. infra texto del dictamen que se adjunta).

Pues bien, este dictamen mío lo ha convertido Gimbernat, como por arte de magia, en la *ADDENDA* antes referida, en un dictamen a favor del tal Montesinos, achacándome que “las conversaciones que acreditan su autoría en los crímenes que se le imputan, no podrían ser utilizadas, siempre según Muñoz Conde (sic), como prueba de cargo contra Montesinos”, convirtiéndome personalmente en una especie de abogado defensor de dicho sujeto. A partir de ahí, hace todo tipo de elucubraciones sobre si la jurisprudencia española está a favor o en contra de esta tesis, sin especificar, como la misma ya ha hecho reiteradas veces, las circunstancias en que unas veces la admite y otras no, ni mencionar las opiniones doctrinales de, por ejemplo Roxin, o de la jurisprudencia constitucional alemana contrarias en principio a la admisión como prueba de tales grabaciones. Naturalmente, si las críticas que Gimbernat hace de mi dictamen fueran puramente científicas y movidas por un loable afán dialéctico, no tendría inconveniente en responderlas en ese plano, en el que, ya de antemano, concedo que pueda haber, como casi siempre sucede en una controversia jurídica, opiniones discrepantes. Pero como el lector de la citada *ADDENDA* puede ver desde el primer momento, la finalidad de la misma no es otra que la de descalificar mi dictamen, por motivos que no entiendo muy bien y que nada tienen que ver con lo que debe ser un verdadero debate científico.

Por ello creo que la mejor manera de refutar su interpretación del referido dictamen es publicarlo tal cual, sin añadirle ni quitarle una sola coma, borrando sólo, por razones elementales de respeto a su intimidad, los apellidos de los implicados en este caso, mencionados sólo por sus iniciales, salvo, como es lógico, el del propio Montesinos, en aquel entonces personaje público, en torno a cuya actuación delictiva trata este dictamen. Ahora que el lector del mismo y de la *ADDENDA* de Gimbernat saque sus propias conclusiones.

Por ello creo que la mejor manera de refutar su interpretación del referido dictamen es publicarlo tal cual, sin añadirle ni quitarle una sola coma, borrando sólo, por razones elementales de respeto a su intimidad, los apellidos de los implicados en este caso, mencionados sólo por sus iniciales, salvo, como es lógico, el del propio Montesinos, en aquel entonces personaje público, en torno a cuya actuación delictiva trata este dictamen. Ahora que el lector del mismo y de la *ADDENDA* de Gimbernat saque sus propias conclusiones.

DICTAMEN SOBRE EL VALOR PROBATORIO EN UN PROCESO PENAL DE GRABACIONES DE CONVERSACIONES OBTENIDAS MEDIANTE VÍDEOS Y RELEVANCIA PENAL DE LAS CONVERSACIONES GRABADAS EN ELLOS

De acuerdo con la documentación y los datos que me aporta la representación legal, el dictamen se basa en los siguientes:

I. Hechos

1.- En 1996, en el marco de la política de fomento de la inversión extranjera desarrollada por entonces por el Gobierno de Fujimori, invitó a la empresa L., de nacionalidad chilena, a invertir en el Perú.

2.- En base a ello, L. adquirió unos terrenos en el distrito de Chorrillos con el objeto de construir una industria dedicada a la elaboración de fideos, tallarines y demás especialidades en pastas.

Adquirido el terreno, la empresa obtuvo todas las autorizaciones y permisos correspondientes de cara a iniciar la construcción y poner en funcionamiento la industria, no sólo de las autoridades correspondientes del distrito de Chorrillos, sino incluso de la propia Municipalidad (Alcaldía) de Lima, dado que aquél forma parte de ésta.

3.- No obstante, y habiéndose ya iniciado la construcción de la fábrica, y cuando la empresa chilena estaba ya procediendo a realizar la instalación de los equipos necesarios para la puesta en marcha de la fábrica, la Municipalidad de Lima decidió paralizar las obras y cancelar todos los permisos que anteriormente se le habían concedido, alegando que la ubicación de la fábrica ponía en riesgo una reserva ecológica próxima a la fábrica denominada "Los Pantanos de Villa".

4.- A partir de este momento se inició una auténtica batalla legal entre L. y la Municipalidad de Lima en torno al levantamiento de las medidas decretadas por la Municipalidad, y de cara, sobre todo, a la culminación definitiva de las obras y el funcionamiento de la fábrica.

5.- Es preciso añadir a todo esto que los terrenos donde se construyó la fábrica está calificado por la propia Municipalidad para el uso de industria liviana I-2, categoría dentro de la cual se encuentra la fabricación de pastas. Por otro lado, la empresa contaba con los correspondientes Estudios de Impacto Ambiental, que habían sido aprobado incluso por INRENA, órgano administrativo destinado a la protección de los espacios naturales en el Perú.

6.- La anulación de todas las licencias antes concedidas a L. se produce mediante el acuerdo adop-

tado por el Municipio de Lima de fecha 2 de enero de 1998.

7.- En respuesta a ello, los abogados de la empresa interpusieron una demanda de amparo contra la Municipalidad de Lima, el Alcalde de Lima y la Municipalidad de Chorrillos.

8.- Con fecha 08 de enero de 1998, el Sr. G. M., en dicha época gerente general de L. Perú, por mediación del Sr. B. G. —publicista de Fujimori—, se entrevista con el asesor presidencial de éste, Vladimiro Montesinos, en las oficinas que el Sr. Montesinos tenía en las instalaciones del Servicio de Inteligencia.

Tal como se pudo comprobar posteriormente, dicha conversación fue grabada en vídeo por el propio Vladimiro Montesinos, sin que dicha circunstancia fuera conocida por ninguno de los otros dos participantes en la conversación.

9.- Básicamente en dicha conversación, M. de una forma indirecta, solicitó ayuda a Montesinos en el proceso que se había iniciado, interesándose Montesinos por el tema. Adicionalmente se trataron otros temas que realmente carecen de toda relevancia.

10.- Esta cinta de vídeo, junta con otras más así como diferentes cintas de audio fueron encontradas en unas veinte maletas de pertenencia de Vladimiro Montesinos en su domicilio particular a mediados del mes de octubre del 2000.

Estas maletas fueron encontradas por personal de la Policía Nacional del Perú en el marco de un operativo dispuesto directamente por el Presidente de la República y ejecutado por el entonces Ministro del Interior, General Dianderas, quienes ingresaron en el domicilio de Montesinos sin contar supuestamente con ninguna orden judicial y utilizando a uno de los que intervinieron en dicho operativo como un supuesto Fiscal.

Sobre estos hechos ya existe un proceso penal abierto donde se está juzgando a todos los que intervinieron en ellos por delito de allanamiento de morada.

11.- El contenido de dichas maletas fue llevado a Palacio de Gobierno y fue entregado varios días después al Poder Judicial, tras realizar una conferencia de prensa donde se expuso públicamente el supuesto contenido de las maletas.

12.- Entre los vídeos incautados de esta manera, se encontraban el N° 864, que fue grabado el 08 de enero de 1998, al que ya he hecho referencia, y los vídeos N° 856 y 857, donde se grabó en las mismas circunstancias antes descritas la entrevista de A. L., con Vladimiro Montesinos, el 6 de marzo de 1998, donde se trató, supuestamente, el mismo tema.

Es importante destacar que el audio de estos dos últimos vídeos presenta fallas de origen que hacen prácticamente imposible entender el conte-

nido de la conversación entre ambos personajes.

13.- El vídeo N° 864, donde se grabó la conversación entre Vladimiro Montesinos, B. y M. fue visualizado por la Comisión Permanente del Congreso, quien lo expuso públicamente, dando así plena publicidad a su contenido.

Los otros videos, así como los audios no fueron expuestos nunca al público, y sólo han sido expuestos ante aquellas personas que han ido a rendir su correspondiente manifestación ante el Fiscal encargado de la investigación del caso.

14.- En base al contenido de estos vídeos se inició una investigación a cargo del Ministerio Público, quien a lo largo de sus interrogatorios pedía a quienes declaraban identificaran a quienes aparecían en ellos. Básicamente, quienes han declarado han sido los abogados que llevaron en su día la defensa legal de los intereses de L, así como los Ministros a quienes se aludía en la conversación mantenida entre Montesinos, B. y M. Todos ellos coincidieron en desconocer la existencia de tales reuniones, y de haber actuado, en el caso de los abogados, conforme a la legalidad vigente y de acuerdo a sus conocimientos como profesionales.

Ninguno de los directamente implicados en los videos aludidos declaró ante el Fiscal.

15.- Con fecha 08 de mayo el Fiscal formalizó su denuncia contra G. M., A. L. y F. P., gerente general de L., por delito de tráfico de influencias, estando pendiente el proceso de que el Juez Penal emita su correspondiente auto de instrucción.

II. Cuestiones a resolver en el informe

1.- Validez de los vídeos y audios utilizados como indicios probatorios para la formalización de la denuncia penal contra los funcionarios de L.

2.- Validez del proceso investigador seguido por el Fiscal sobre la base de tales medios de prueba.

3.- Consecuencias jurídicas que en relación a la legitimidad del proceso judicial tendría la utilización de estos medios de prueba.

4.- Determinación de los intereses y derechos fundamentales afectados a lo largo de las investigaciones fiscales así como en un eventual proceso, y la posibilidad de recurrir por ello a organismos internacionales de protección de derechos humanos.

III. Fundamentos jurídicos

Para responder a las cuestiones planteadas, deben distinguirse cuatro grupos de problemas que, si bien están relacionados entre sí, deben tratarse

y solucionarse separadamente, por presentar algunas particularidades autónomas:

- La primera cuestión (A) que debe ser planteada es la legalidad o ilegalidad, por lo menos tipicidad penal, de las grabaciones en vídeo realizadas por el Sr. Montesinos sin conocimiento de sus interlocutores en las entrevistas mantenidas con ellos en la su despacho.

- La segunda cuestión a tratar (B) es el valor que dichas grabaciones pueden tener como prueba de cargo en un proceso penal que pudiera incoarse por el presunto carácter delictivo de las conversaciones mantenidas que fueron grabadas.

- La tercera cuestión (C) es si, en todo caso, la forma en la que llegan a poder de la Policía Nacional del Perú y, en consecuencia, del Ministerio Fiscal las antedichas cintas de vídeo no tiene un vicio de origen, al haberse obtenido de forma ilícita a través de un allanamiento de morada o domicilio, que fundamentaría una causa de nulidad sobrevenida por vulneración de derechos fundamentales.

- Una cuarta cuestión (D) es la que afecta a la fiabilidad de las grabaciones, bien por defectos técnicos, bien por haber sido manipuladas, lo que determinaría en todo caso su nulidad por falta de autenticidad.

- Y, finalmente (E), aunque no en último lugar en orden de importancia, la cuestión de si realmente el contenido mismo de las conversaciones grabadas es constitutivo de algún tipo de delito previsto como tal en el Código penal peruano vigente en el momento en que se produjeron los hechos, o, por el contrario, se trata de gestiones irrelevantes desde el punto de vista del Derecho penal, lo que obviamente determinaría la superfluidad e incluso improcedencia de la actuación del Ministerio Fiscal.

Procedamos a responder a cada una de estas cuestiones por separado:

A) Legalidad de la grabación

Lo primero que hay que plantearse es si la conducta del Sr. Montesinos no es constitutiva en sí misma de un delito. El art. 162 del Código penal peruano tipifica, en efecto, y castiga con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años al que “indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar”. El apartado 2 de este mismo precepto impone la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al art. 36°, incisos 1, 2 y 4, “si el agente es funcionario público”.

Dejando, por ahora, a un lado la cuestión de si el Sr. Montesinos tenía la cualidad de “agente pú-

blico”, la acción típica que en todo caso es común a ambos apartados del art. 162, es el hecho que interferir o escuchar una conversación telefónica o similar. A mi juicio, no hay ninguna duda de que entre las conversaciones similares a la telefónica está aquella en la que dos o más interlocutores charlan frente a frente, sobre todo si esa conversación se está grabando por uno de ellos (o por un tercero) sin conocimiento del otro u otros interlocutores. El bien jurídico protegido en este precepto no es otro que el derecho fundamental reconocido en el inciso 10 del art. 2 de la Constitución peruana a comunicarse libremente. Y lo mismo da que la comunicación se haga a través de instrumentos técnicos (teléfono, fax, etc.), como cara a cara, pero siendo grabada sin que lo sepa una de las partes, pues lo que protege tanto la Constitución, como el Código penal es el derecho de una persona a que sus palabras sólo sean oídas por la persona a la que se dirigen y no por terceros que, sin participar en la conversación, llegan a tener acceso a la misma a través de una grabación (del sonido, o del sonido e imagen) que realiza el tercero o uno de los interlocutores, quien luego se la pasa al tercero o utiliza la grabación para, en el momento que estime oportuno, pasársela a terceros. Es decir, no se penaliza la escucha que pueda hacer el tercero ajeno a la conversación, escondido detrás de una puerta, sino el empleo del artificio técnico (interceptación telefónica, grabación del sonido, grabación del sonido e imagen) que permite retenerla en un soporte material y luego utilizarlo para conocimiento de otras personas. Evidentemente, ninguna trascendencia penal tendrá el hecho si él o los interlocutores cuya imagen y sonido se graba tuvieron conocimiento y autorizaran la grabación. Ello sucede de forma expresa o tácita miles de veces diariamente en entrevistas en programas de radio o televisión. Pero la cuestión deja de ser intrascendente cuando el que habla no sabe que su conversación está siendo grabada. Para decirlo con un ejemplo más gráfico:

Un acto tan íntimo como el acto sexual, puede ser grabado legalmente y de hecho así sucede cuando se filma una película de corte pornográfico y los protagonistas de la misma aceptan e incluso se ganan la vida de esta manera. Sin embargo, si uno de esos protagonistas graba, sin que el otro lo sepa, ese acto, el hecho se convierte automáticamente en el delito previsto en el art. 162 del Código penal peruano (por lo menos, si se quiere respetar al pie de la letra la redacción de este precepto, en lo que se refiere a la grabación de la conversación que mantengan, aunque creo que también respecto al acto sexual mismo). Éste es el caso, aún pendiente de juicio oral, que se dio en

España, en el que el director de un importante periódico de alcance nacional fue grabado, sin saberlo, mientras hacía el amor con una prostituta que había previamente conectado una cámara de vídeo dispuesta al efecto. Naturalmente, nadie duda de que se trata de un atentado delictivo contra la intimidad del citado periodista, que en el Código penal español de 1995 se tipifica en el art. 197, 1 y 2. En mi opinión, el consentimiento de uno de los interlocutores en la conversación no destituye ni justifica la grabación realizada por el mismo y mucho menos la llevada a cabo por un tercero ajeno a la conversación o al acto de intimidad. Es más, en este último caso habría incluso coautoría del interviniente en la conversación o el acto íntimo que consiente en su grabación sin comunicárselo a los demás intervinientes (en este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte Especial, 12ª ed., Valencia 1999, p.248; en el mismo sentido, respecto al Derecho penal peruano, BRAMONT-ARIAS, Manual de Derecho penal, Parte Especial, 4ª ed., Lima-Perú 1998, p. 214 ss.).

Es, pues, evidente que, en principio, la grabación de una conversación por uno de los interlocutores de una conversación sin conocimiento del otro interlocutor es en sí misma un hecho delictivo que, salvo circunstancias excepcionales, difícilmente puede estar justificado y, por tanto, ser utilizada la grabación misma como prueba lícita en un proceso penal.

B) Valor probatorio de la grabación obtenida ilegalmente

De lo dicho en el epígrafe (A), se deduce que difícilmente puede tener valor probatorio el documento obtenido a través de la comisión de un delito, tanto más cuanto ese delito afecta a un bien jurídico tan fundamental y reconocido hoy en día internacionalmente como es el derecho a la intimidad en el que se incardinan otros muchos derechos derivados del mismo, como el derecho a la privacidad de las conversaciones, al secreto, etc. Darle valor probatorio a algo que se ha obtenido a través de la comisión de un delito, sería tanto como convertir la prueba en el proceso en un factor criminógeno.

No obstante lo dicho, la grabación de una conversación, la interceptación de la misma mediante algún procedimiento técnico, así como la grabación de imágenes puede ser un medio idóneo para la averiguación y prueba de la comisión de un delito. Precisamente, por eso, el art. 162 del Código penal peruano incluye en la configuración típica del delito en cuestión la expresión “indebidamente”, lo que obviamente, inmediatamente,

pone de relieve, que cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se le quiere dar a dicha expresión (elemento normativo de la tipicidad o causa de justificación), puede haber casos en los que la grabación puede ser conforme a derecho quedando así fuera del ámbito de la responsabilidad penal. El problema que se plantea ahora es el de si algún modo el Sr. Montesinos tenía algún tipo de legitimación para realizar dichas grabaciones y, por tanto, no actuaba “indebidamente” en el sentido que expresa el art. 162 del Código penal peruano.

Para responder a esta cuestión, hay recordar brevemente los casos en que los Ordenamientos jurídicos de casi todo el mundo regulan la posibilidad de que se pueda grabar legítimamente una conversación o interceptar una escucha telefónica. Generalmente, los casos en que dicha actuación se permite son aquellos en los que media una autorización judicial y se trata de la averiguación de un delito. Es lo que se llama la *reserva jurisdiccional*, que, por ejemplo, en plena concordancia con el art. 18 n° 3 de la Constitución española reconoce el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento criminal española en sus párrafos primero, segundo y tercero. La resolución judicial en la que se acuerde la interceptación de una comunicación ha de tener además una finalidad probatoria de un hecho delictivo. No son posibles, por tanto, las grabaciones preventivas o meramente exploratorias desligadas de la investigación de un hecho delictivo concreto. Y por las mismas razones sólo podrá decretarse judicialmente la grabación de la persona imputada en un proceso penal o sobre la que existan indicios racionales de responsabilidad criminal.

A ello hay que añadir, según doctrina dominante, aunque algunos Códigos y Leyes procesales, como la española, no lo exijan expresamente, una cierta gravedad del delito investigado, pues sería contrario al **principio de proporcionalidad** que una intervención tan grave en la privacidad de las conversaciones pudiera acordarse para investigar delitos de escasa gravedad o trascendencia. Esta última idea fue claramente acogida en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 24 junio 1992 en el llamado “caso Naseiro” en el que el Tribunal Supremo anuló la prueba obtenida de la grabación de una conversación telefónica autorizada judicialmente porque dicha autorización se había dado para investigar un delito de tráfico de drogas y lo que se descubrió fue un delito mucho menos grave de conspiración para un posible soborno o de tráfico de influencias. Esta idea de la proporcionalidad como límite a las interferencias en los derechos humanos fundamentales es defendida, entre otros, por ejemplo en Alemania, por Claus ROXIN, que la recalcó expresamente en su conferencia sobre este tema en la Universidad de

Lima en mayo del 2000 (cfr. también del mismo autor *La protección de la persona en el Derecho procesal alemán*, traducción de Carmen García Cantizano, en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Valencia 2000, p. 121 ss., donde se recogen las conferencias que este autor pronunció en la Universidad de Lima, en mayo del 2000; sobre el principio de proporcionalidad como límite a la injerencia del Estado en el ámbito privado, ob. cit., esp. p. 145 ss., donde destaca, citando expresamente el caso de las escuchas telefónicas el equilibrio que debe haber entre el interés en la investigación criminal y la protección de la persona; cfr. también p. 147). Así, por ejemplo, cita ROXIN (p. 154) una sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán del año 1989 en el que dos hombres de negocios hablaban de un gran incendio que planeaban. Uno de ellos grabó la conversación de forma secreta y más tarde la aportó al Tribunal como prueba, y efectivamente el Tribunal la aceptó, a pesar de reconocer su origen delictivo, pero con el fundamento de que el incendio cualificado de que se trataba era un delito grave, calificado con pena privativa de libertad de hasta quince años; pero esa misma prueba fue rechazada por el mismo tribunal cuando se trataba de un delito de perjurio; y de forma análoga el Tribunal Superior de Baviera rechazó como prueba una grabación que podía demostrar la comisión de un delito de difamación y calumnia (cfr. ROXIN, ob. cit., p. 155).

¿Cuál es la gravedad del delito que se está investigando en este caso? ¿La de un asesinato, la de un incendio, la de un robo agravado, la de una traición, la de una rebelión, la de un homicidio doloso? No, la de una presunta “influencia mentida” o la de una inducción a la misma, que a lo mejor, como veremos más adelante, ni siquiera llegó a cometerse, o quizás una gestión o conversación con una autoridad pública, o político influyente, carente completamente de trascendencia penal. No parece, por tanto, proporcional, por mucha trascendencia política que tengan el caso, que hechos de tan escasa o nula relevancia penal, pueda subsanar la ilegalidad de una prueba derivada de la comisión de un delito.

Fuera de estos casos, se hace realmente difícil admitir algún supuesto en el que un ataque tan grave a un derecho tan fundamental en las sociedades democráticas modernas como es el derecho a la intimidad puede ser legitimado. Ciertamente, el art. 579, 4° de la Ley de Enjuiciamiento criminal española autoriza la interceptación previa de las comunicaciones por la Dirección General de Seguridad o Ministerio de Interior, sin autorización judicial, pero siempre que tal medida se confirme o revoque por el juez competente en el plazo máximo de setenta y dos horas, y ello sólo en casos de ur-

gencia, cuando el retraso pueda poner en peligro el resultado de la investigación, y siempre que se trate de **delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas**.

Esta opinión ha sido también acogida en diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos humanos en interpretación del art. 8, 2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa de 1950, que no admite más injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del respeto a la vida privada que la prevista por la ley (cfr. sentencias 2 agosto 1984: "Caso Malone", 24 abril 1990: "Caso Kruslin"; véase a respecto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo, Madrid 1991, p. 76 ss.).

Nada de esto se da en el caso que aquí nos ocupa, en el que más bien se trata de un abuso del Sr. Montesinos, quien con finalidades no del todo claras, y en todo caso al margen de cualquier procedimiento legal o control judicial, actuando por su cuenta y riesgo, y probablemente en beneficio propio o para guardarse las espaldas, por si algún día necesitaba procurarse alguna coartada, o, lo que sería peor, para chantajear en su día a los que había grabado en sus conversaciones, puso en marcha un dispositivo técnico de grabación, verdaderamente monstruoso, con el que día a día fue grabando a todo el que pasaba por su despacho u oficina para hacer alguna gestión o recabar su intervención, dada su enorme influencia en el Gobierno de entonces y en el mismo Presidente, Sr. Fujimori, en la solución de algún asunto. Pero es que además lo grabado por dicho señor, como después tendremos ocasión de ver, por lo menos en lo que se refiere al caso que aquí nos ocupa, ni siquiera tiene relevancia penal, tratándose más bien de gestiones de diverso tipo o de quejas sobre actuaciones incorrectas de otras autoridades, y ello admitiendo que incluso no hayan sido las citadas grabaciones objeto de manipulación técnica.

No hay, pues, ninguna razón que justifique la conducta de Montesinos, que constituye así una conducta "indebida" en el sentido del art. 162 del Código penal peruano y, por tanto, delictiva. Y en este sentido, y desde este punto de vista, no cabe sino deplorar que la investigación iniciada por el Ministerio fiscal peruano haya ido encaminada exclusivamente a la averiguación y persecución de los delitos que hayan podido presuntamente cometer los interlocutores del Sr. Montesinos en las conversaciones mantenidas con él y por él ilegalmente grabadas, y no a la de la actividad claramente delictiva que dicho señor cometía cada vez que grababa las conversaciones.

Pero aún así, y a pesar de esta anomalía, cabe hacerse la pregunta: ¿Puede de algún modo, a pesar de su origen delictivo, el Ministerio público utilizar esos vídeos como prueba legítima para mantener la acusación, caso de que efectivamente considere que se han cometido delitos, contra los interlocutores de Montesinos? A mi juicio, no, y seguidamente explicaré por qué.

El Tribunal Constitucional español se ocupó ya en 1984 de la admisión como prueba en un **proceso laboral por despido** de una grabación fonográfica de una conversación en la que el que grababa la conversación era el jefe o titular de la empresa y la persona que era grabada sin que lo supiera hacía unas manifestaciones contrarias al interés de la empresa, lo que motivó su despido (cfr. STC 29 noviembre 1984, núm. 114/1984). Esta resolución ha sido invocada posteriormente por algunas sentencias del Tribunal Supremo español para darle valor de prueba en procesos penales a revelaciones obtenidas de similar manera (cfr., por ejemplo, STS 30 mayo 1995 y 15 de septiembre de 1999). Pero debe tenerse en cuenta que por ejemplo en la sentencia de 1995 se trataba de un ciudadano que obtenía una fuente de prueba respecto al delito de que estaba siendo objeto (extorsión) grabando la conversación que mantiene con un funcionario que le está extorsionando mediante la exigencia de una retribución. Pero tén-gase en cuenta que en este caso, aparte del estado de necesidad en que se encuentra el ciudadano, se trata de la propia víctima-testigo del delito que junto a la denuncia y a su posible intervención como testigo en su día en el juicio oral correspondiente añade como corroboración documental la citada grabación. Es decir, trasladando esta hipótesis al caso que nos ocupa hubiera sido admisible que, por ejemplo, si nuestro cliente agobiado por la extorsión de que le hubiera hecho objeto el Sr. Montesinos hubiera grabado la conversación con él y luego en base a ella lo hubiera denunciado; porque, en ese caso, la realización del hecho típico previsto en el art. 162 del Código penal peruano estaría justificado tanto por un estado de necesidad, como por el ejercicio legítimo de un derecho. Pero no el caso, tal como sucedió en la realidad, en el que la grabación no se hacía para denunciar presuntos delitos y ponerlos en conocimiento de la Administración de Justicia, sino para provocarlos o para obtener una especie de instrumento para posibles chantajes o cubrirse las espaldas en el futuro. Y la mejor prueba de ello es que las mantuvo guardadas, sin ponerlas a disposición del juez competente o del Ministerio Fiscal, durante mucho tiempo, en nuestro caso desde marzo de 1998 hasta que desapareció a mediados del año 2000. Quizás podría decirse otra cosa, si el Sr. Montesinos pudiera ser llamado ahora como testigo, o el mismo se presentara voluntariamente a corroborar

e incluso ampliar con su testimonio el contenido exacto de aquellas conversaciones. Pero ¿hay alguna esperanza de que ello suceda así? El Sr. Montesinos va a quedar en la historia de Perú como una especie de sombra o fantasma que se va a invocar cada vez que convenga para fundamentar todo tipo de imputaciones y acusaciones contra muchas personas. Pero ¿quién avala esas imputaciones? ¿Las cintas grabadas ilegalmente por él y probablemente manipuladas también por él mismo o por terceros? ¿Hay alguna duda del propósito que animaba a Montesinos cuando grababa las conversaciones? ¿Puede justificarse de algún modo las grabaciones ilegales que realizaba en su propio provecho? Y, finalmente, la cuestión que nos ocupa en este epígrafe, ¿pueden ahora esas grabaciones originadas en un hecho delictivo utilizarse como prueba válida en el proceso penal que el Ministerio Público quiere entablar por un presunto delito de corrupción o tráfico de influencias?

Parece claro que a esta última cuestión hay que responder de un modo negativo, pues, como ya tiene establecida la jurisprudencia de prácticamente todos los países civilizados, la prueba ilícita o delictivamente obtenida, violentando derechos fundamentales, es, según se dice en la jurisprudencia norteamericana, “fruit of poisons tree”, “fruto del árbol envenenado”, que está, por tanto, envenenada también y no se puede por tanto, valorar, ni basar en ella una incriminación penal; tanto más cuando ésta es la única prueba y no existen ni se han practicado otras que pudieran tener la validez de la que carecen los vídeos en cuestión.

A ello hay que añadir que las conversaciones con Montesinos en ningún modo se pueden considerar como conversaciones particulares, sino entrevistas incluso oficiales con un representante por lo menos fáctico del “poder público”, como a la sazón era el Sr. Montesinos, y que si algún sentido tiene la protección del derecho a la privacidad en las conversaciones o comunicaciones es frente a los que tengan la condición de “poderes públicos”, porque son éstos realmente, como se ha demostrado en este caso, los que más fácilmente pueden lesionar este derecho fundamental. La actuación de Montesinos se puede calificar, no sólo de inmoral, sino de abuso de poder y por tanto, de arbitraria y antijurídica. **No procede, en consecuencia, valorar como prueba los datos que se hayan obtenido o se puedan obtener de las grabaciones por él realizadas.**

C) La obtención de la grabación por quien presenta la prueba

Prácticamente lo mismo cabe decir respecto a la forma en que encontraron los citados vídeos. Si hay todavía otro derecho fundamental más sagra-

do que el derecho a la intimidad es el derecho más específico a la inviolabilidad de domicilio, reconocido en el art. 2, 9 de la Constitución peruana, que se protege penalmente de forma general en el art. 159 del Código penal y más especialmente frente al funcionario o servidor público en el art. 160 del mismo cuerpo legal, en inmediata conexión con los delitos que protegen la violación del derecho a la privacidad de las comunicaciones.

Las razones por las que no pueden valorarse las pruebas que se hayan obtenido a través de un allanamiento de morada o domicilio son las mismas que ya hemos visto impiden la valoración de las obtenidas a través de un delito de grabación ilegal de conversaciones. Si la prueba ilícitamente obtenida debe ser rechazada cuando el infractor sea un particular, con mucha mayor razón debe serlo cuando lo sea un poder público, incluso el propio Presidente de la República. Todo el mundo recuerda la forma, verdaderamente anómala, en la que a mediados del año 2000 el Sr. Presidente Fujimori iba buscando personalmente al entonces ya desaparecido Montesinos por las calles de Lima. Probablemente, más que a Montesinos mismo, lo que iba buscando tan desesperadamente eran los vídeos que éste había grabado, pensando que podrían comprometerlo. Pero fuera el que fuera el móvil del Sr. Fujimori, una cosa parece segura: la entrada y registro que hacía en los domicilios particulares que allanaba carecían de cobertura jurídica. Ello es evidente sobre todo en la entrada en el domicilio en el que, por fin, encontró los vídeos: aunque parece que se le ha pretendido dar una cobertura con una autorización judicial, al parecer redactada *ex post*, se ha puesto ya claramente de manifiesto que incluso la presencia de un miembro del Ministerio Público fue simulada y que simplemente, para dar algún viso de legalidad a lo que se estaba haciendo, se le atribuyó esa cualidad a alguien que carecía de ella.

Si alguna actividad policial en la investigación de un delito está especialmente reglamentada y rodeada de garantías ésta es la **entrada y registro en el domicilio de un ciudadano**. Todas las Declaraciones internacionales sobre derechos humanos, desde el art. 12 de la Declaración Universal hasta el 8 de la Convención Europea de Derechos humanos, y todas las Constituciones de los países democráticos, así como las legislaciones internas de estos países, regulan con especial cuidado los casos en los que los poderes públicos pueden entrar y registrar el domicilio de un ciudadano. *My home is my castle* (“mi casa es mi castillo”), reza un viejo brocardo anglosajón. E incluso el derecho a la legítima defensa y a utilizar violencia para defender derechos personales, tan restrictivamente interpretado en otros casos, es ampliamente reco-

nocido e interpretado cuando se trata de la defensa de la morada.

A partir del reconocimiento que hace la Constitución de este derecho, prácticamente sólo por auto judicial motivado, delito flagrante, mandamiento de prisión o persecución con ocultación o refugio de algún sospechoso, e en circunstancias excepcionales de estados de alarma o sitio, puede allanarse el domicilio de un particular sin su consentimiento. Incluso la posibilidad de poder hacerlo, sin autorización judicial, en caso de “conocimiento fundado” por parte de los miembros de las Fuerzas policiales de que se está cometiendo un delito de tráfico de drogas, prevista originariamente en el art. 21, 2 de la Ley española de Seguridad Ciudadana, fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional español 341/1993, de 25 noviembre.

¿Pero cuál era el delito que podía estar investigando la Policía Nacional del Perú cuando directamente a las órdenes del Sr. Fujimori iban buscando a Montesinos? ¿Había en aquel momento alguna acusación contra él? ¿Algún mandato judicial, alguna orden de búsqueda y captura contra él emitida, con los requisitos formales legalmente requeridos? ¿O era más bien el miedo de Fujimori a que alguien encontrara los videos antes que él y pudiera revelar a través de ellos algunos datos que le comprometiera?

Todo ello ha quedado, de momento, en la nebulosa, pero lo que parece claro es que la entrada y registro en el domicilio donde, finalmente, se encontraron los videos constituye el delito de allanamiento de domicilio previsto en el art. 160 del Código penal peruano: “El funcionario o servidor público que allana un domicilio, fuera de los casos prescritos por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al art. 36, incisos 1, 2 y 3.

Y resulta, por todo ello, chocante que el Ministerio Público haya olvidado este importante extremo, e igual que respecto al origen ilícito de la grabación, no haya hasta el momento iniciado de oficio ninguna investigación para determinar cómo realmente se localizaron los videos y si en dicha operación hubo algún tipo de ilegalidad que determinara la nulidad de la prueba así obtenida. Hasta cierto punto es comprensible que, movido por el celo acusador, el Ministerio Fiscal ha querido a toda costa investigar la posible ilicitud penal de las conversaciones mantenidas con Montesinos, pero ese mismo celo debería llevarle a investigar también si las pruebas en que pretende apoyar su acusación no son también producto de un hecho delictivo que igualmente y con el mismo ce-

lo debería investigar, aun corriendo el riesgo de que de este modo pierda su única posibilidad de mantener la acusación por el presunto delito de corrupción. Pero, por encima, de cualquier legítima aspiración a establecer la verdad y hacer que todo el peso de la ley caiga contra presuntos delinquentes, están las normas del Estado de Derecho, y corresponde al Ministerio Público más que a ningún otro organismo o institución hacerlas valer. Una vez más hay que recordar que la misión del proceso penal no es la búsqueda de la verdad a toda costa y a cualquier precio, sino esa misma búsqueda respetando las normas legales y los derechos fundamentales de los afectados (en este sentido ROXIN, ob. a. cit., p. 157; MUÑOZ CONDE, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 102).

Todo ello ya de por sí privaría de validez el carácter probatorio de los citados videos, si es que ya no lo fueran por derivarse de un delito contra la intimidad. Es lo que se llama una **causa sobrevenida de nulidad por vulneración de un derecho fundamental** (así el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español); en este caso, el derecho a la inviolabilidad del domicilio universalmente reconocido, tanto a nivel internacional como nacional.

D) La autenticidad y fiabilidad de las grabaciones

Otro punto que no parece de menor trascendencia en todo este asunto es el de la fiabilidad o autenticidad de la grabación. La posibilidad de manipulación intencional de los medios técnicos utilizados para grabar conversaciones o imágenes; las dificultades para identificar las voces y las personas que intervienen en las mismas, los defectos técnicos en la grabación, las imágenes borrosas, la escasa luz, etc., permiten por lo menos poner en duda, en el primer caso, la autenticidad, y, en todo caso, la fiabilidad de la grabación misma. Casi siempre que se emplean estos medios como prueba de identificación de personas o de contenidos de conversaciones, en videos, cintas fonográficas, fotografías, etc., se plantea el problema de la manipulación o de la fiabilidad de la transcripción material, cuando no de la propia percepción visual de las imágenes grabadas. Sucede esto sobre todo en el caso de atracos a bancos y a otras entidades en las que existen dispositivos de permanente vigilancia visual a través de cámaras de video. Un alto porcentaje de los recursos que se plantean diariamente ante los Tribunales Superiores, bien en apelación, bien en casación, en los casos en los que la prueba utilizada para la condena se ha basado en este tipo de medios, se fundamentan en la escasa fiabilidad de los mismos, cuando no en la posibilidad de su manipulación (véase,

por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo español 22 octubre 1998, 25 y 30 enero y 15 septiembre 1999; 7 marzo del 2000). Obviamente, éste es un problema de percepción visual o auditiva, o de comprobación técnica, en el que no podemos entrar en este momento. Pero no cabe duda de que debe ser tenido en cuenta especialmente en este caso. Dos cuestiones surgen en relación con el caso que nos ocupa:

a) Nitidez y fiabilidad de la grabación en sí misma

La visualización de algunos de los vídeos y la comprensión de lo que en ellos dicen algunos interlocutores es muchas veces imposible; y en las transcripciones literales de los mismos (concretamente de la del vídeo n° 864 del 8 de enero de 1998, realizada por el Departamento de Transcripciones del Congreso de la República el 16 marzo 2001, que he tenido oportunidad de leer con atención), se constata muchas veces la expresión “ininteligible”, que rompe la comprensión del sentido del significado de la propia conversación y no sólo la de palabras concretas.

b) Posibilidad de manipulación del contenido de las grabaciones

La impresión que se tiene es que muchas de las dificultades de comprensión o de audición, así como de identificación de imágenes, se debe claramente a una manipulación que se ha operado en las cintas, bien inmediatamente después de su grabación (probablemente, por el propio Montesinos para borrar algunas frases que pudieran comprometerles o para comprometer a otros), bien en un momento posterior cuando fueron encontradas por la Policía Nacional del Perú. Y esa impresión se refuerza, cuando se conocen los avatares que se dieron en la localización de tales vídeos, la falta de garantías jurídicas que hubo en la entrada en el lugar donde se encontraban, la ausencia en aquel momento de fedatarios judiciales o públicos, el tiempo que hubo desde que fueron hallados hasta que se puso a disposición del Ministerio Público o del Congreso, la forma peculiar en que se realizaron las grabaciones. A veces no sólo la voz, con sospechosos silencios y desfiguraciones, sino las propias imágenes, parecen alteradas, manipuladas, en una palabra falsificadas. Y aunque sólo fuera por eso, y no ya sólo por la invalidez jurídica de la que, por las razones ya antes dichas, adolecen dichas pruebas, surgen dudas sobre su autenticidad y deben ser rechazadas de plano, negándoseles la menor credibilidad.

Naturalmente, no es éste el momento de pronunciarse aquí sobre estos extremos, pero debe llevarse a cabo un urgente análisis pericial tanto del estado material de las cintas y, sobre todo, de su posible manipulación.

E) Atipicidad penal del contenido de las grabaciones

Finalmente, debemos ocuparnos de una cuestión, que quizás debería haber sido objeto de tratamiento desde el primer momento, pero que por razones metodológicas procesales hemos dejado para el último lugar. Me refiero a la cuestión de si el contenido de las grabaciones, una vez analizadas y estudiadas detenidamente tanto la grabación misma, como su transcripción oficial, pueden considerarse cumplen los presupuestos de algún tipo delictivo y, por tanto, pueden llegar a tener alguna relevancia penal, más allá de la política y mediática que ya han tenido. Pues no hay que olvidarlo, el contenido delictivo de una conducta no lo da la posible alarma o escándalo social que la misma provoque, ni tan siquiera su posible inmoralidad o reprochabilidad social, si es que realmente la tiene, sino el hecho de que constituya una acción u omisión tipificada en la ley penal como delito, principio de validez universal consagrado en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en todos los Códigos y leyes penales de los países civilizados y, por supuesto, también en los Arts. II del Título Preliminar y 11 del Código penal peruano.

Hay que recordar esto, porque por muy sorprendente que parezca, después de todas las consideraciones que se han hecho en los epígrafes precedentes respecto a la legalidad de los vídeos como prueba, la legalidad de la forma en que éstos se localizaron, la autenticidad y fiabilidad de los mismos, prácticamente nada de estas consideraciones hubieran sido necesarias, si desde el primer momento hubiéramos constatado que las conversaciones recogidas en ellos carecen de la menor relevancia penal. Desde el punto de vista procesal y jurídico constitucional se hacía necesario establecer, en primer lugar, si eran válidas las pruebas que se pretende utilizar para demostrar la presunta relevancia penal de las conversaciones. Una vez rechazadas esta validez, por las razones ya reseñadas en los anteriores epígrafes, se hace innecesario entrar en el problema jurídico material de fondo, de si la conducta, que no puede ser probada jurídicamente, era o no delictiva. No obstante, no sólo por la posibilidad meramente hipotética de que se considere que, a pesar de todo lo dicho, la prueba es válida, y porque, en todo caso, conviene dejar bien claro que el hecho en sí

mismo es irrelevante penalmente, con todo lo que ello comporta en orden a dejar a salvo la honorabilidad y correcta actuación de los interlocutores del Sr. Montesinos, por lo menos la de los que a éste caso se refiere, vamos a analizar ahora este desde el punto de vista de su relevancia jurídico material.

Para ello lo primero que tenemos que hacer es determinar cuál es el tipo penal o tipos de delito que podría aplicarse a las conversaciones grabadas en el vídeo transcrito con el n° 864 por el Departamento de transcripciones del Congreso.

A primera vista, vienen en consideración los tipos referidos a la corrupción activa de funcionarios, es decir, los delitos que dentro de la sección IV (Corrupción de funcionarios), del capítulo III (Delitos contra la Administración de Justicia), del Título XVIII (Delitos contra la Administración Pública) del Código penal peruano, castigan aquellas conductas de particulares que afectan al **principio de imparcialidad del funcionarios o servidor público en la gestión de la Administración pública**. El primero de ellos es el previsto en el art. 399:

“El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omite algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omite un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

La primera cuestión que hay que plantear en relación con este delito es si el Sr. Montesinos tenía en el momento en que se desarrollan estas conversaciones la cualidad de **“funcionario o servidor público”**, porque de no ser así cae por su base la construcción de una responsabilidad penal en base a este delito. El autor de este dictamen carece en este momento de elementos de juicios suficientes para dirimir esta cuestión. Dentro de la anómala configuración y de las “particularidades” que se dieron en la Administración pública peruana durante la etapa presidencial del Sr. Fujimori, la situación del Sr. Montesinos era la más peculiar. En realidad, nadie sabía cuál era su función. No formaba parte del Gobierno, no tenía ningún cargo oficial, al menos que le permitiera actuar en la forma en que lo hacía. Durante mucho tiempo, se había convertido en una especie de “conseguidor” o mediador al que había que acudir cuando había algún problema con la Administración pública o se quería alguna intervención directa del propio Presidente o hacerle llegar alguna cuita, queja o mensaje. Era como el “sátrapa” en la antigua Persia, “la boca, ojos y oídos de su señor”. Si

todo esto lo hacía a título particular o como simple “buzón de quejas y reclamaciones” del Sr. Presidente ha quedado en la nebulosa, y es probable que nunca se llegue a saber con precisión.

Pero aun admitiendo su carácter al menos de funcionario o servidor público en el sentido en que lo emplea el art. 425, 2° del Código penal peruano: “Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular”, queda por resolver el problema más importante de si de la conducta, palabras, gestos o actitudes de los interlocutores de Montesinos en las conversaciones grabadas por él, se deduce que “trataban de corromperlo con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omite algo en violación de sus obligaciones... o un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones”, que es la conducta típica descrita en el art. 399 del Código penal. Y lo único que puede decir el autor de este dictamen al respecto, tras haber leído con atención y varias veces las transcripciones de dichas conversaciones, es que en ningún momento se observa o hay datos que permitan decir que dichos interlocutores le están ofreciendo a Montesinos, o siquiera insinuándole que le van a entregar alguna suma de dinero, a él o a un tercero, o prometiéndole algún tipo de ventaja o remuneración económica. En las diversas secuencias, los representantes de L. expresan a Montesinos sus quejas por el maltrato recibido de algunos representantes de la Administración Pública peruana, por las injusticias que, a su juicio, se está cometiendo con ellos por el retraso o la denegación en la autorización para la apertura de su industria, minimizando el “impacto medioambiental” que la misma pueda tener y que, al parecer, motivó que dicha licencia no se diera, mostrándose en todo caso dispuesto a solucionar el problema dentro de la legalidad vigente, y, naturalmente, avisando de que estaban dispuestos a recurrir a cuantos medios legales fueran necesarios para defender sus intereses. En todo momento, el tono de la conversación es distendido y se ve claramente que los representantes de L. quieren mostrarse corteses e incluso elogiosos con el Gobierno peruano de entonces, alabando sus logros, elogiando lo que entonces constituía el gran orgullo de la gestión de Fujimori, la derrota de Sendero Luminoso, el éxito obtenido en la toma de la Embajada de Japón y la liberación de rehenes, etc.; lo que por lo demás, aunque suene a veces exagerado y excesivamente lisonjero incluso para el Sr. Montesinos, no deja de ser la habitual actitud que mostraría cualquier representante de empresa o institución foránea que quiere congraciarse con las autoridades del país en el que piensa instalarse o hacer inversiones, etc. Es el llamado

“dolus bonus” en el Derecho romano, es decir, la actitud lisonjera, amable, elogiosa, que debe mostrar el que quiere caer simpático, vender un producto, o simplemente caerle bien a quien en ese momento, como todo el mundo sabía, era el amo y señor de Perú, el Presidente en la sombra, o, en todo caso, una persona muy importante y con mucho poder.

Durante todo ese tiempo, la actitud del propio Montesinos es fría, amable, pero cautelosa; se interesa en los avatares y dificultades que ha tenido la empresa con la Municipalidad de Lima, llama por teléfono, pide algunas aclaraciones, datos de personas, apenas hace comentarios, se limita a contestar con monosílabos, casi más de cincuenta se limita a contestar con un escueto “así es”. Es decir “toma nota” y de su actitud parece deducirse que va a interesarse en el asunto, que tratará de informarse de la situación en que se encuentra el problema. Y poco más. Todo ello dentro del tono oficial en que cualquiera que haya tenido alguna vez entrevistas de este tipo con autoridades y políticos de todo el mundo sabe cómo se desarrollan este tipo de actos. En ningún momento, se habla de dádivas, promesas o de ventajas de cualquier clase; pero si no hay nada de esto, entonces dónde está el delito previsto en el art. 399 del Código penal peruano; ¿en la mente calenturienta de algunos medios de comunicación? ¿En las presiones políticas que sin duda ahora existen para sacar a relucir todas las anomalías que se dieron en la Administración de Fujimori/Montesinos, metiendo por igual en el mismo saco lo que fueron conductas claramente delictivas con otras absolutamente irrelevantes desde el punto de vista del Derecho penal? ¿O en los intereses de algunos grupos de presión económico rivales del grupo empresarial L., que indudablemente saldrían beneficiados con la eliminación jurídica o por lo menos deterioro de imagen de este empresa? No corresponde al autor de este dictamen pronunciarse respecto a estos interrogantes, sino sobre la presencia o no del delito previsto en el art. 399. Y la respuesta no puede ser otra, después de haber analizado atentamente las “pruebas” existentes, que no hay en ellas el menor dato que permita deducir la existencia de un delito de corrupción activa de funcionarios.

Pero queda todavía una última posibilidad de incriminar la conducta de los representantes de L. por sus conversaciones con Montesinos en base al art. 400 del Código penal peruano, por el delito de “tráfico de influencia”. Dice así este precepto:

“El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o

haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Evidentemente, este precepto tiene o pretende tener un ámbito de aplicación distinto al anterior, y es una especie de último intento del legislador de atrapar en las mallas del Código penal algún resquicio de corrupción que haya podido quedar en los anteriores preceptos. Pero el sujeto activo de este delito no es ya el particular que ofrece la dádiva o promete alguna ventaja al funcionario, sino el que ofrece sus influencias, reales o simuladas, para solucionarle algún caso judicial o administrativo. Se trata, pues, de un ofrecimiento de influencia a particular, similar al previsto en el art. 430 del Código penal español y que, desde luego, se hace merecedor de las mismas críticas que se han formulado en España contra este precepto (véase al respecto MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, Apéndice a la 8ª ed. de Derecho penal, Parte Especial, Valencia 1991; también el mismo, Parte Especial, 12ª ed. citada, p. 981). Ya desde el bien jurídico protegido hay dudas respecto a cuál puede ser el que el legislador pretende proteger aquí, como no sea simplemente el “buen nombre o el prestigio de la Administración”. Quizás también pueda hablarse de un acto preparatorio de cohecho o de tráfico de influencias. Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la Administración puede ser también una forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, aunque justo es reconocer que en la realidad los despachos de los abogados más famosos y que más éxitos tienen en sus gestiones para la solución de los casos judiciales y administrativos son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir sus decisiones. Todo ello quizás muy lamentable desde el punto de vista de la ética pública o profesional, pero hasta cierto punto inevitable y difícilmente erradicable, por más que lo castigue el Código penal. Pero en todo caso conviene tener en cuenta para el caso que aquí nos ocupa un dato muy importante: Sujeto activo de este delito no sería el particular al que se ofrece (o se supone que se ofrece, ya que aquí ello no se demuestra) hacer uso de la influencia, sino el que ofrece esa influencia, es decir, en este caso el Sr. Montesinos. Pero si esto es así, ¿cuál sería la responsabilidad de los que se supone serían beneficiarios de esa influencia? Habría que dar un rodeo y recurrir a la figura de la inducción o el auxilio necesario (arts. 24 y 25 del Código penal peruano) para poder exigir esta responsabilidad de esta forma indirecta. Pero ello supondría el cumplimiento y prueba de dos requisitos:

a) Que el Sr. Montesinos efectivamente cometió el delito previsto en el art. 400, lo que, desde luego, no queda demostrado en relación con este caso, ni se deduce de sus expresiones y actitudes durante la grabación.

b) Que la conducta de los interlocutores, representantes de L., constituya efectivamente una inducción o auxilio necesario en el sentido de los arts. 24 y 25 del Código penal.

Y ni lo uno ni lo otro quedan demostrado, aunque quisiera dársele el carácter de prueba a las cintas de vídeo que grabaron las conversaciones. Es probable que el Sr. Montesinos se dedicara a ofrecer de un modo general influencias reales o simuladas sobre otros funcionarios o servidores públicos, pero ello debería ser demostrado en cada caso, en el que se planteara este problema, y no presumido de un modo general. Mucho menos está probado que la conducta de los representantes de L. haya sido en ningún momento la de ofrecer algún tipo de remuneración o de cualquier modo influir en la presunta capacidad de influencia de Montesinos. Pero si por alguna causa pensaron en obtener algún beneficio de su entrevista con Montesinos o que éste haría alguna gestión para facilitar la solución del problema con la Municipalidad de Lima, no se entiende muy bien por qué puede fundamentar una responsabilidad criminal intentar aprovechar la influencia, prestigio, ascendencia o poder de alguien en la Administración pública para resolver algún asunto. Puede ser que a partir de ahí pudiera en algún caso llegar a una participación en un delito de cohecho o un delito de corrupción, si el funcionario llegara a solicitar la dádiva o el particular llegara a ofrecerle; pero ninguno de estos supuestos se ha dado en el caso que nos ocupa. Todo lo más estaríamos en una fase preparatoria de esos otros delitos, pero esto, aparte de que ni siquiera sería punible, tampoco ha quedado demostrado. No tenemos, pues,

más remedio que concluir que ni siquiera la exigencia de una responsabilidad penal indirecta por inducción o auxilio necesario en el delito de “tráfico de influencia” del art. 400 del Código penal peruano se da en este caso. Por tanto, hay que concluir afirmando la absoluta irresponsabilidad penal de los representantes de la empresa L. por las gestiones que realizaron ante Montesinos y que éste tan ilegal como criminalmente grabó en vídeos sin su consentimiento.

Por todo lo cual podemos formular las siguientes

IV. Conclusiones

1.^a La grabación en vídeo por parte del Sr. Montesinos de las conversaciones que con él mantenían sus interlocutores, sin conocimiento de ellos, es constitutiva de un delito contra la intimidad.

2.^a El origen delictivo de dichas grabaciones, por afectar a un derecho fundamental reconocido en los Pactos Internacionales de Derecho humanos y en la Constitución peruana, impide admitir y valorar como prueba el contenido de las mismas.

3.^a Existe además una nulidad sobrevinida de dichas grabaciones por haberse obtenido con infracción del también derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

4.^a En todo caso, y aún admitiendo por vía de hipótesis la validez de dichas pruebas, el contenido de las conversaciones grabadas no constituye para los interlocutores en las mismas del Sr. Montesinos hecho delictivo alguno.

5.^a En consecuencia, debe ser inmediatamente sobreesido el proceso penal actualmente en marcha instado por el Ministerio Público contra los representantes de la empresa “L.S.A.”.

Éste es mi dictamen que someto a cualquier otro de mejor fundamento.