

## **Opinión técnico-legal respecto a la STC N° 00655-2010-PHC/TC (Caso Alberto Químper Herrera).**

**David Fernando Panta Cueva**

El 5 de octubre de 2008, un noticiero local difundió las conversaciones telefónicas entre los señores Rómulo León Alegría y Alberto Químper Herrera, donde a parte de la palabra “faenón” que se puso de moda, se evidenciaba uno de los escándalos más grandes que ha sufrido el gobierno de turno (con la consecuente caída del Gabinete presidido por Jorge Del Castillo).

El día de hoy se ha publicado en el portal del Tribunal Constitucional (TC) la STC N° 00655-2010-PHC/TC, referida al caso antes señalado, donde la esposa del señor Alberto Químper Herrera, interpone el Recurso de Agravio Constitucional contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 12 de Enero de 2010, pretendiendo a través de un Hábeas Corpus que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N. ° 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. En esta sentencia el TC valora los alcances de la denominada prueba prohibida.

Así, la demandante alega vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

En ese sentido, lo que ha generado controversia y que incluso, se ha pensado que se trata de un flagrante atropello a la libertad de expresión es el hecho que el TC ha señalado “Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente” . (Cursivas, negritas y subrayado son nuestros).

En los últimos tiempos, hemos sido testigos que nuestro TC está realizando, lo que en doctrina procesal se llama, una labor activista para con sus resoluciones, y ello –desde luego- es comprensible teniendo en cuenta que ahora los Tribunales Constitucionales modernos resuelven sus causas –incluso- contra legem, a lo que su cuerpo normativo constitucional prescribe. Esto es saludable en la medida que el TC no rebase sus límites y entienda que se trata de un órgano que interpreta de manera auténtica la Constitución y no ir más allá de aquella potestad.

De lo antes expuesto, advertimos con enorme sorpresa que el TC a modo de “supra congreso” establece la consecuencia jurídica al supuesto de hecho que ellos mismos estructuran; vale decir, que el TC vía resolución y aunque no tratándose de un considerando en estricto sentido, legisla en materia de interceptaciones telefónicas. Así, el TC establece que para difundir grabaciones que hayan sido interceptadas de manera ilegítima, deben de tener el previo permiso de su titular o en todo caso sea el Juez (no dice de qué especialidad) quien debe

valorar qué porción del todo registrado es de interés público y por ende, poder ser divulgado, estableciendo como apercibimiento el ser denunciado penalmente.

Aunque el delito de propagación de videos o documentos magnetofónicos obtenidos ilegalmente no está tipificado en nuestra legislación peruana, empero, este comportamiento fácilmente puede subsumirse dentro de los delitos contra la intimidad (arts., 154°, 155°, 156°, 157° y 158° del CP), cualquiera de los tipos penales contra el honor (arts., 130°, 131° y 132° del CP) o por los delitos de violación del secreto a las comunicaciones (arts., 161°, 162°, 163° y 164° del CP).

A todo lo expuesto, llama la atención lo hecho por el TC, por cuanto para este tipo de proceder ya existen criterios plasmados en nuestra legislación. Allí tenemos el ACUERDO PLENARIO N° 3-2006/CJ-116, donde se establece que se debe hacer un juicio de ponderación entre estos dos derechos fundamentales. Estos criterios los hemos importado de la jurisprudencia española, específicamente de las sentencias 6 / 1988, de 5 de febrero; 105 / 1990, de 5 de julio; y 171 / 1990, de 30 de noviembre.

En ese sentido, para que la noticia a divulgarse no irroque las parcelas del honor e intimidad se requiere que la misma sea: A.- Veraz ; B.- No contenga excesos ; y C.- Sea de interés público . Sólo si lo informado o divulgado cumple con estos requisitos diremos que la conducta es atípica (ni siquiera cabe incardinarla dentro de una causa de justificación).

A.- La veracidad de la información “(...) no se interpreta como una exigencia de verdad material, objetiva y absoluta de la información divulgada, que, a juicio del Tribunal Constitucional, haría inviable el efectivo ejercicio del derecho a comunicar información y obligaría, como única garantía de seguridad jurídica, al silencio. En otro sentido, y con la finalidad de garantizar la efectividad de este derecho, el requisito de veracidad se interpreta como la exigencia de un especial deber de diligencia, que incumbe al informador, en la comprobación y contraste de los datos, previo a la difusión de la noticia” .

B.- Que la información no contenga excesos “En otro sentido, respecto a los juicios de valor u opiniones del informador que, por su propia naturaleza, ni pueden ser verdaderos o falsos ni se pueden probar, el Alto Tribunal sostiene que no cabe imponer deber alguno de comprobación y contraste. Respecto a ellos, establece como límite un principio distinto: el principio de proporcionalidad o necesidad, concebido como una prohibición de exceso que exige que el ejercicio de la libertad de expresión sea necesario, adecuado y proporcionado a su finalidad y, por ello, a la protección que se otorga”

C.- Que la información sea de interés público “encuentra su fundamento en la finalidad del derecho a la información, ya que sólo resultan relevantes para la formación de la opinión pública, aquellas informaciones que, por el carácter público de la persona a la que se refieren o por el asunto sobre el que versan, resultan de interés general; cuestión que debe valorarse de forma distinta en atención a la condición pública o privada de los implicados en el hecho, dado que, respecto a estos últimos, se reconoce un ámbito superior de privacidad. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional sostiene que es preciso diferenciar el interés público de aquello que meramente suscita la curiosidad pública”

Es menester precisar que el Tribunal Constitucional Español distingue entre la libertad de expresión y la libertad de información. Así, mientras el requisito de la relevancia pública resulta exigible para el legítimo ejercicio de ambas libertades, el requisito de veracidad sólo afecta a la libertad de información y, más específicamente, a aquellas informaciones que consisten en la divulgación de hechos.

Parece ser que nuestro máximo intérprete –una vez más- irroga otros ámbitos, tal y conforme ocurrió con los casos “píldora del día siguiente”, “ONP” y “arancel a la importación de

cemento”, no obstante, esta vez hace el papel de “supra congreso” estableciendo supuestos de hechos con sus correspondientes consecuencias jurídicas.

No me parece coherente establecer que para que un medio de comunicación divulgue un audio –por ejemplo- que tenga incidencia directa con la comisión de delitos o de potenciales ilícitos, se tenga que pedir permiso a su titular o en su defecto ir al Juez para su correspondiente autorización. Ello en función a los siguientes argumentos:

\_Porque parece irrisorio que alguien que se encuentre involucrado en un audio, donde el contexto de la conversación tenga naturaleza pública, preste su consentimiento para que el audio sea divulgado.

\_Porque tratándose del Juez que valora si lo interceptado es de naturaleza pública o no, puede fácilmente ceder a la presión mediática. Podemos estar ante un Juez flexible a las impongas o indicaciones del Poder.

A mi juicio es mucho más racional el voto singular del magistrado VERGARA GOTELLI quien ha señalado “Finalmente me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 (...) debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada información constituye una intromisión ilegítima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho a de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario apoya en cierta forma la impunidad, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables” .

Concuerdo con este voto singular, por cuanto parte de hechos que son irrefutables entre nosotros, donde a través de videos propalados con anterioridad se han procesado y condenado a muchas personas e incluso dichos videos han servido para abrir otras investigaciones de igual o mayor envergadura. A modo de ejemplo, tenemos el caso emblemático Cury-Montesinos.

Soy del parecer que en una democracia imperfecta como la que tenemos, nuestro TC no puede irrogarse funciones que no le corresponden; en ese sentido, bastó con señalar si vía un hábeas corpus es posible cuestionar o no un auto de apertura de instrucción basado en pruebas prohibidas y no ingresar a valorar planos que no les son propios, como establecer supuestos de hechos con sus consecuencias jurídicas.

Aunque una respuesta más razonable, con la cual me adhiero en parte, es la sostenida por el magistrado BEAUMONT CALLIRGOS quien recurre a sostener que “ (...) el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del Derecho Penal, debe exhortarse a la materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto” .

Es muy cierto lo que señala este magistrado, por cuanto recurre al principio de última ratio, a fin de evitar ingresar a planos penales, sin antes intentar mecanismos alternativos a la solución del conflicto; empero, y vuelvo a insistir en esto, no me parece razonable que cuando se

detecta que estamos ante un hecho donde está de por medio el interés público, sea necesario pedirle autorización al titular o titulares del audio o en todo caso vía Juez obtener el permiso respectivo.

No deja de ser cierto lo opinado en voto singular por el magistrado ÁLVAREZ MIRANDA quien anota “De ahí que si bien la labor de la prensa contribuye a la formación de una opinión pública y la realización misma de la democracia, y por tanto, la censura previa se encuentra constitucionalmente proscrita al estar reñida con los valores y principios democráticos; soy de la opinión que frente a la comisión de tales ilícitos de carácter penal, el Estado debe actuar con el máximo rigor posible sancionando tanto a las mafias dedicadas a interceptar ilegalmente conversaciones telefónicas, así como a los periodistas que abusando de la tribuna que les provee el medio de comunicación para el cual trabajan, las difundan”.

Cierto es que existen mafias destinadas a interceptar conversaciones telefónicas, las cuales son posteriormente vendidas al mejor postor, empero, no por ello se puede tratar de evitar estos comportamientos sancionando a quienes propalan informaciones que tienen incidencia pública.

No encuentro sentido y sobre todo una respuesta contundente, al porqué el TC ha desconocido lo ya determinado vía acuerdo plenario, el cual –como hemos puesto de manifiesto- se inspira en sentencias y doctrina extranjera como la española.

Parece ser que el TC está dejando de ser el órgano de control de la Constitución, para tener un TC que amparándose en el rango de “supremo intérprete” trata de interpretar a la Constitución como “mejor le parece”, por no utilizar otro término.

A mi criterio, con esta sentencia el TC no hace sino crear juzgamientos distintos para personas que han formado parte de otro gobierno, es decir, con esta sentencia se trata de juzgar de manera diferente a como se ha venido haciendo con determinadas personas pertenecientes a antiguos regímenes, algo que constituye todo un atropello al principio constitucional de igualdad ante la Ley.

Para concluir, no quisiera pensar que se trata –otra vez- de crear escenarios jurídicos para futuros casos, tal y conforme pasó con la Ley de marras materializada en el D. Leg 1097 (felizmente derogado), o para favorecer a determinados personajes públicos que en un futuro puedan ser procesados. Esto es nuestro país es común y no debe merecernos sorpresas.

Piura, 9 de diciembre de 2010.