CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA PENAL DE APELACIONES

Incidente	: 00182-2011-3-1826-JR-PE-02
Asistente Jurisdiccional	:Haydeé Luisa Barreto Polo.
Ministerio Público	:Quinta Fiscalía Superior Especializada En delitos de Corrupción de Funcionarios.
Investigado	:Ñopo Fernández Miguel Santiago
Delito	:Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo.

Resolución N° 04
Lima, dieciocho de julio
del dos mil doce.-

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, la apelación formulada por el imputado Miguel Santiago Ñopo Fernández contra la resolución número 2 emitida en audiencia de fecha 13 de junio del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara infundado el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso, mediante la disposición N° 28 de formalización de la investigación preparatoria; interviniendo como ponente la señora Juez Superior **Sara Maita Dorregaray**; y ATENDIENDO:

PRIMERO: De los agravios del apelante.

1.- En su escrito de apelación, el imputado Ñopo Fernández argumenta que se ha vulnerado su derecho constitucional al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones así como a su intimidad personal. Y que la juzgadora ha vulnerado el marco legal al señalar que la grabación efectuada sin su consentimiento por Herald Andrés Gamarra Chura en cuanto a su persona sería legal y por tanto puede ser actuada dentro del proceso.

Para sustentar sus agravios esgrime sentencias del Tribunal Constitucional en las que según alega, tal órgano determina que deben rechazarse las pruebas obtenidas sin consentimiento del agraviado, y que estas sentencias son vinculantes. Además, la prueba cuestionada viola su derecho a la no autoincriminación recogido por la Constitución, y el Juez debe aplicar el derecho que corresponda. Que el Tribunal

Constitucional no distingue y en la Sentencia del Expediente 655-2020 señala que prueba prohibida es todo, no es parcial, basta que no haya tenido mandato judicial.

SEGUNDO: Argumentos del Ministerio Público:

En la audiencia de apelación, el Ministerio Público señala que, se dispuso formalizar investigación preparatoria contra Ñopo, Ramírez y otros, por ser presuntos autores de Colusión. Que el CD impugnado fue entregado por el abogado de Gamarra, siendo una conversación sostenida entre tales imputados.

Que la inviolabilidad de comunicaciones se refiere a las llamadas telefónicas y ello no ocurre en este caso, por lo que el argumento de la defensa debe ser desestimado.

En cuanto al derecho a la intimidad, afirma que existe una posición doctrinaria que indica que la grabación de la conversación entre dos personas no vulnera tal derecho cuando se trata de una conducta ilícita, como Ascencio Mellado lo señala en su obra "Prueba Ilícita y lucha contra la corrupción".

Agrega que la Corte Suprema en varios casos ha establecido los requisitos para tener como legítima la grabación de una conversación privada, como son el que tenga conocimiento de la grabación uno de los interlocutores, que no se afecte el derecho a la intimidad, y éstos requisitos no han sido vulnerados por el Ministerio Público, que ha practicado actos de investigación, y al no existir prueba prohibida, pide se confirme la apelada.

TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada:

En la resolución recurrida, la señora Juez señala que la conversación sostenida entre el recurrente Ñopo y el imputado Gamarra fue una conversación privada, habiendo sido grabada en su integridad por este último, quien la presentó al Ministerio Público, habiéndose incorporado a la investigación.

Sustenta su resolución en el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 11 de diciembre del año 2004, llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, afirmando que, si bien es cierto dicho acuerdo se adoptó cuando era de aplicación el Código de Procedimientos Penales, el mismo forma parte de la doctrina nacional aplicable, haciendo suya tal posición, en la que se sostiene que en relación a la prueba ilícita, la Teoría del riesgo es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logradas por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, y su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito, o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

CUARTO: Fundamentos del Colegiado:

La materia a resolver, gira en torno a determinar si la conversación habida entre el imputado recurrente Miguel Santiago Ñopo Fernández y su co-imputado Herald Andrés Gamarra Chura, grabada por este último sin consentimiento del apelante Ñopo Hernández y sin orden judicial, puede considerarse prueba prohibida y por tanto debe ampararse el pedido de exclusión del referido material probatorio.[1]

Al respecto, es del caso precisar que:

4.1.- En cuanto al tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, el Código Procesal Penal ha recogido el criterio estricto de la misma, en el artículo VIII del Título Preliminar así como en su artículo 159°. Por cuanto conforme a la doctrina y la jurisprudencia nacional, es posible distinguir entre el criterio estricto de la prueba ilícita (o prueba prohibida) y el criterio amplio (prueba irregular o ilegal).

Entendiéndose por prueba ilícita o prueba prohibida, como lo define el Tribunal Constitucional[2], aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

La prueba ilícita, se entiende como el medio de prueba obtenido fuera del proceso, en violación de derechos constitucionales, esto es, los derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, San Martín Castro, citado por Talavera Elguera[3] señala que, *"tratándose de derechos fundamentales de naturaleza procesal(...), en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional".*

---

[1] Como ya se ha señalado anteriormente por este colegiado en los incidentes N° 5-2011-20 (Resolución del 08.09.11) y 153-2011-1 (Resolución del 25.22.11) así como en la sentencia del Exp. 5-2011-3 (Resolución del 12.04.12), el pedido destinado a la exclusión de elementos probatorios que la defensa considera violatorios de sus derechos, es posible ser formulado mediante la Tutela de Derechos en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, conforme a lo previsto por el inciso 4 del artículo 71° del Código Procesal Penal y en el Acuerdo Plenario N° 4-2010.

Así como también, la exclusión de elementos probatorios puede ser planteada en la audiencia preliminar de la etapa intermedia, como se prevee en los artículos 351° y 352° del código adjetivo citado, concordados con el artículo 155° del mismo cuerpo legal.

[2] EXP.N° 2053-2003-HC/TC. Sentencia del 15.09.2003.Caso:Edmi Lastra Quiñónez.
[3] TALAVERA ELGUERA, Pablo. LA PRUEBA en el nuevo proceso penal. AMAG, Lima, marzo 2009.

4.2.- También se contemplan en la doctrina diversas excepciones a la teoría de la prueba ilícita, entre las que se encuentra la Teoría del Riesgo[4], que se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. (El subrayado es nuestro).

Al respecto, Reaño Peschiera[5] señala que, *"A mi juicio, la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados, lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter público, lo cual ocurrirá generalmente.(...) no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escuchas, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor"*. (El subrayado es nuestro).

La Teoría del Riesgo también ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República[6], en la cual se ha señalado que: *"La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su co-partícipe Vladimiro Montesinos Torres(...).*

Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del <venire contra factum propium> (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del vídeo y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado. (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad(...)".

Agregado a ello, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del año 2004 también recoge la Teoría del Riesgo antes citada.

Asimismo, este colegiado ha adoptado la Teoría del Riesgo en la resolución N° 2 del 25.11.11, expedida en el incidente N° 153-2011-1.

---

[4] NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial Moreno S.A., Lima, Julio 2010.
[5] REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de Peculado y Tráfico de Influencias. Jurista Editores. Lima, 2004.
[6] Expediente 21-2001- "caso de miembro del Tribunal Constitucional".

4.3.- Por otro lado, en cuanto a lo alegado por la defensa respecto a que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Escher y otros contra el Estado de Brasil, del 06.07.09 ha señalado que el artículo 11° de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, protege *"las conversaciones realizadas a través de la líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas"*, afirmando que ello abarca todo otro elemento del proceso comunicativo mismo.

Es del caso precisar que en dicha sentencia, la C.I.D.H. señala que *"En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que* ***sujetos distintos de los interlocutores*** *no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación".* (El resaltado es nuestro).

De lo que se desprende que, lo señalado por la Corte está referido a supuesto distinto al que es materia de autos, referido a una interceptación telefónica efectuada por las autoridades respecto a conversaciones de particulares, y no a la grabación de la conversación precisamente, por uno de los propios interlocutores. Por lo que dicha resolución no puede servir de sustento a lo alegado por la defensa.

4.4.- En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 010-2000-AI/TC del 03.01.03, que según afirma el apelante, es precedente vinculante para todos los poderes del Estado, en la que se señala que todo derecho constitucional como el de la prueba se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones derivadas tanto de la necesidad de que estas sean armonizadas en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, es del caso señalar que, efectivamente, la precitada sentencia en su parte resolutiva dispone que sea vinculante para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación de los fundamentos jurídicos que ahí se especifican, encontrándose entre ellos el número 104 de la página 39.

Así, en tal fundamento el Tribunal Constitucional reconoce que *"Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y específicamente a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados* ***en cada caso concreto****, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas".* (El resaltado es nuestro).

Por tanto, dicha sentencia no se contrapone al presente caso concreto analizado en esta resolución, no sirviendo de sustento a los alegatos de la defensa.

4.5.- Asimismo, el apelante argumenta que en las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes N°02333-2004-HC/TC del 12.08.04 y N°00655-2010-PHC/TC del 27.10.10, se recoge el mismo principio constitucional y por tanto nos encontramos ante una prueba prohibida.

a) Sin embargo, se puede apreciar de la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 2333-2004-HC/TC, en el considerando 2.5, que el referido Tribunal se remite a los señalado previamente en el expediente N° 010-2000-AI/TC analizado precedentemente, por lo que, con la misma razón expuesta en el numeral 4.2.4 de la presente resolución, tal jurisprudencia constitucional no se contradice con lo fundamentado en el presente Auto y no puede servir de sustento a lo argumentado por la defensa.

b) Por otro lado, en el expediente N° 655-2010-PHC/TC, invocado por el apelante, el Tribunal Constitucional emite sentencia en el caso de Alberto Quimper Herrera. Sentencia en la cual, el citado Tribunal reitera las consideraciones de la sentencia expedida en el expediente N° 2333-2004-HC/TC precedentemente mencionado en el literal de este considerando 4.2.5, y agrega en forma general que *"En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud"*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia reseña las normas constitucionales y las del Código Procesal Penal del 2004, en las que se prevé la prueba prohibida, habiéndose hecho referencia a las relacionadas al caso y aplicadas por este colegiado en el considerando 4.2.1 de la presente resolución.

Del mismo modo, en la citada Sentencia, el Tribunal releva el Caso Escher y otro vs. Brasil, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya ha sido analizado en el considerando 4.2.3 de la presente resolución, de lo que se concluye que dicho caso está referido a supuesto distinto al que es materia de autos, por lo que dicha resolución de la Corte no puede servir de sustento a lo alegado por la defensa.

Además, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que los criterios analizados también han sido utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Schenk vs. Suiza, del 12 de julio de 1988, en el que se precisó que no se puede *"excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente" porque sólo "le corresponde averiguar si el proceso" considerado "en su conjunto fue un proceso justo"*.

Y atendiendo, a que en el expediente N° 655-2010-PHC/TC se trataba de la interceptación de conversaciones telefónicas del beneficiario de la acción de habeas

corpus, que no fueron interceptadas por agentes del Estado, siendo ello supuesto distinto al que es materia de autos, en el que se cuestiona la grabación de la conversación efectuada precisamente por uno de los propios interlocutores, por tal razón, la referida sentencia, no puede servir de sustento a las alegaciones de la defensa.

4.6.- Por último, el recurrente pretende sostener sus argumentos en las sentencias del Tribunal Constitucional expedidas en los Expedientes N° 976-2001-AA/TC del 13.03.2003, N° 0011-2004-AI/TC y otros acumulados de fecha 21-09-2004 y N° 2863-2002-AA/TC del 29.01.2003.

a) Al respecto, es del caso precisar que en el expediente N° 976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional hace referencia a los derechos fundamentales y específicamente al caso de eventuales abusos en las relaciones entre privados, señalando que para que estos casos sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional. No refiriéndose tal sentencia en modo alguno a casos como el que es materia de autos, no puede ser aplicada para sustentar los argumentos del apelante.

b) Asimismo, en el expediente N° 0011-2004-AI/TC, si bien es cierto el Tribunal Constitucional precisa el contenido esencial del derecho a la intimidad personal, señalando que éste hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, ello se encuentra referido en dicha sentencia al secreto bancario, afirmándose que este último, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal. Caso no aplicable al presente, y que en modo alguno sustenta la tesis de la defensa, pues esta última no ha señalado de qué manera se afectaría su derecho a la intimidad, más aún, si en la audiencia de apelación, el propio imputado ha referido que la conversación grabada y cuestionada con la tutela de derechos, no lo involucra en ningún acto ilícito, por lo que mal puede alegar intimidad alguna.

c) Así también, en el expediente N° 2863-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional si bien es cierto trata sobre el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, no es menos cierto que se refiere al caso de la interceptación de comunicaciones por terceros así como cuando estos terceros acceden al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizados para ello; supuesto de hecho que difiere del presente caso en el que se cuestiona la conversación grabada por uno de los interlocutores. Por tanto, esta sentencia tampoco puede servir de sustento a los argumentos del apelante.

4.7.- Finalmente, se tiene en autos la copia del acta de escucha, revisión de transcripción y reconocimiento de voz del audio contenido en el CD presentado por la persona de Helard Andrés Gamarra Chura; advirtiéndose del contenido de la grabación

cuestionada por la defensa, que no se hace alusión a temas vinculados a la intimidad personal del recurrente presuntamente afectado por ello.

4.8.- En conclusión, en el caso de autos, la resolución impugnada que deniega el pedido de nulidad y exclusión del CD que contiene la comunicación entre los investigados Miguel Santiago Ñopo Fernández y Herald Andrés Gamarra Chura, se encuentra arreglada a la Constitución, la ley, la jurisprudencia y doctrina antes mencionadas, pues, conforme se ha expuesto, es de aplicación al caso la Teoría del Riesgo antes explicitada, por lo que la conversación habida entre el imputado Herald Andrés Gamarra Chura con el imputado Miguel Santiago Ñopo Fernández, presuntamente grabada por Gamarra Chura y entregada al Ministerio Público por él mismo, no puede considerarse prueba prohibida o ilícita y por ende, no puede ser amparado el pedido de exclusión del referido material probatorio.

Fundamentos por las cuales, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución apelada número 2 de fecha 13 de junio del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara INFUNDADO el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso, mediante la disposición N° 28 de formalización de la investigación preparatoria; con lo demás que contiene. Notificándose.

SS.

CASTAÑEDA OTSU SALINAS SICCHA MAITA DORREGARAY

PODER JUDICIAL

HAYDEE ROBERTO POLO