

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES**

Incidente	: 00182-2011-5-1826-JR-PE-02
Asist. Jurisdiccional	: Sussy Amelia Esquivel Trujillo.
Ministerio Público	: Quinta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
Abogado	: Julio Mauricio Ballesteros Condori
Imputado	: Ana Luisa Ramírez Tueros
Delito	: Negociación Incompatible.

Resolución N° 04

Lima, dieciocho de julio
del dos mil doce.-

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, la apelación formulada por la imputada Ana Luisa Ramírez Tueros contra la resolución N°4, dictada oralmente en la audiencia de fecha 19 de junio de 2012, por la señora juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara: Infundado el pedido de tutela de derechos respecto al medio probatorio el cual se ha admitido correspondiente a un CD que ha grabado las conversaciones entre la citada imputada y el co-imputado Helard Andrés Gamarra Chura que se ha incorporado al proceso en la formalización de la investigación preparatoria; interviniendo como ponente la señora Juez Superior Sara Maita Dorregaray; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: De los agravios de la apelante Ana Luisa Ramírez Tueros:

1.- En su escrito de apelación, la imputada Ana Luisa Ramírez Tueros, argumenta que se ha vulnerado su derecho a la intimidad personal y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, que existe vulneración y transgresión del marco legal por parte de la juzgadora al determinar que la grabación efectuada sin su consentimiento por Helard Andrés Gamarra Chura en cuanto a su persona sería legal y por tanto podría actuarse dentro del proceso; en consecuencia, la resolución apelada está afecta de nulidad.

Que, si se planteó la inviolabilidad de las comunicaciones o de la intimidad, ello no es óbice para que el magistrado aplique el derecho que realmente corresponda al proceso, puesto que, conforme a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo VIII la prueba sólo será válida si ha sido recogida sin violación de un derecho fundamental de la persona.

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 N° 655-2020 señala que prueba prohibida es todo, la interpretación no debe ser parcial sino integral, basta que no haya tenido mandato judicial. Y la Corte suprema ha señalado que para que se niegue la prueba, ésta debe violar el derecho a la intimidad. Asimismo, que el artículo 159° del Código Procesal penal y el Tribunal Constitucional establecen que pruebas sin consentimiento y sin mandato judicial son pruebas prohibidas.

SEGUNDO: Argumentos del Ministerio Público:

En la audiencia de apelación, el Ministerio Público señala que, la Corte Suprema ha fijado criterios para determinar la prueba prohibida; 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. La conversación no puede considerarse como prueba prohibida porque no existe deber jurídico que obligue a estas personas a guardar la reserva.

Además, la Teoría del riesgo ha sido asumida por la Sala de Apelaciones. Y las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes cuando así lo declaran las mismas, por lo que pide se confirme la apelada.

TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada:

En la resolución recurrida, la señora Juez señala que si bien el Tribunal Constitucional ha resuelto que el derecho al secreto de las comunicaciones protege todo tipo de comunicación privada, independientemente que esta trate sobre aspectos íntimos de algún interlocutor o sobre hechos de público conocimiento, siempre que tales comunicaciones constituyan expresiones de pensamiento, sin embargo, el derecho al secreto de las comunicaciones no prohíbe que una de las partes de la comunicación divulgue lo conversado, lo cual podría instituirse a los más según las particularidades del caso en una violación al derecho a la intimidad.

Por lo que en la violación al derecho constitucional de las comunicaciones a que hace mención la defensa de la imputada, no están comprendidas las conversaciones efectuadas entre dos interlocutores, para lo cual existe una excepción aplicable como en los casos de confesiones extrajudiciales, residiendo su justificación en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre el delito.

En este caso, las conversaciones sostenidas entre la recurrente Ramírez Tueros con el imputado Gamarra Chura, son conversaciones que se han librado entre dos personas, por lo que no tienen el deber jurídico del secreto de dicha comunicación, pues si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un juez, atendiendo a la teoría del riesgo invocada en un pedido de tutela que ha sido materia de otra resolución, por lo que no hay violación alguna del derecho a las comunicaciones.

CUARTO: Fundamentos del Colegiado:

La materia a resolver, gira en torno a determinar si la conversación habida entre la imputada recurrente Ana Luisa Ramírez Tueros y su co-imputado Herald Andrés Gamarra Chura, grabada por este último sin consentimiento de la apelante Ramírez Tueros 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).

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.

Entendiéndose por prueba ilícita o prueba prohibida, como lo define el Tribunal Constitucional², 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 Elguera³ 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”*.

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 Riesgo⁴, 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 Peschiera⁵ 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*

² EXP.Nº 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 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.

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 República⁶, 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 proprium> (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.

4.3.- 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 las 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

⁶ Expediente 21-2001- "caso de miembro del Tribunal Constitucional".

efectuado 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 la 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 resolutive 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, la 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 la 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, la 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 dicha sentencia en modo alguno a casos como el que es materia de autos, no puede sustentar los argumentos de la 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 incluso, no ha señalado de qué manera se afectaría su derecho a la intimidad.

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 de la 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 de la recurrente, por lo que tampoco podría alegar afectación a su derecho a la intimidad personal.

4.8.- En conclusión, en el caso de autos, la resolución impugnada que declara infundado el pedido de tutela de derechos de la imputada Ana Luisa Ramírez Tueros respecto al medio probatorio admitido correspondiente a un CD que contiene la comunicación entre dicha investigada y el imputado 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 la imputada Ana Luisa Ramírez Tueros, 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 4 de fecha 19 de junio del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara INFUNDADO el pedido de tutela de derechos respecto de la imputada Ana Luisa Ramírez Tueros, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha admitido en la formalización de la investigación preparatoria; con lo demás que contiene. Notificándose.


SS.


CASTAÑEDA OTSU


SALINAS SICCHA


MAITA DORREGARAY

PODER JUDICIAL


.....
SUSSY AMELIA ESQUIVEL TRUJILLO
ASISTENTE JURISDICCIONAL
Sala Penal de Apelaciones Especializada en:
Delitos Cometidos Por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

