INDAGADO	: JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ
DELITOS	: PECULADO
	FALSEDAD IDEOLÓGICA
	FALSEDAD GENÉRICA
	OTROS
AGRAVIADO	: EL ESTADO
ETAPA PROCESAL	: INVESTIGACIÓN PRELIMINAR
ESP. JUDICIAL	: LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
ESP. DE AUDIENCIAS	: CHRISTIAN LUIS TORRES BEOUTIS

RESOLUCIÓN NÚMERO: **TRES**
Lima, diecinueve de febrero de dos mil veinte.-

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS; en audiencia pública, la tutela de derechos presentada por la defensa técnica del indagado JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ en la investigación preliminar seguida en su contra, en calidad de autor de la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública – Peculado, contra la fe Pública – Falsedad Ideológica y Falsedad Genérica; y, otros delitos que resulten de la investigación, en agravio del Estado; y,

CONSIDERANDO

§ARGUMENTOS DE LAS PARTES ASISTENTES A LA AUDIENCIA

Mediante resolución número uno, de 10 de febrero de 2020, obrante en el folio 19, aclarada por resolución número dos, de 12 de febrero de 2020, obrante en el folio 28, se programó audiencia pública para el 17

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

de febrero de 2020, la misma que se instaló con la asistencia del representante del Ministerio Público –por la Fiscalía de la Nación el Fiscal Adjunto Supremo Ramiro Gonzalo Rodríguez- y el abogado defensor del indagado JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ –Aurelio Pastor Valdivieso-, quienes sustentaron oralmente de la siguiente manera:

I) El abogado del investigado JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ, sostuvo que le notificaron la investigación el 10 de diciembre de 2019 y cumplieron con acreditarse dando el domicilio procesal, los teléfonos e inclusive fueron notificados por la fiscalía para que concurran a la declaración de una testigo, lo cual les fue notificada oportunamente. Señaló que en el presente proceso concurre el artículo 71.4 del código procesal penal y el Acuerdo Plenario 04-2010, ya que fueron notificados por correo electrónico, en donde se comunica que el 23 de diciembre de 2019 se había llevado acabo la diligencia de extracción de audios de dos dispositivos, sin notificar a la defensa, a pesar de ser una defensa acreditada. Hizo mención que se ha contravenido al artículo I del título preliminar sobre las garantías procesales, al artículo 10, al artículo 65 que garantiza el derecho de defensa, al artículo 84.4 en donde se establece que el abogado goza de participar en todas las diligencias y señaló que no hay justificativa para haber soslayado una convocatoria importantísima, que es la extracción de audios, que son pieza fundamental, por lo que el Ministerio Publico debió tener cuidado en que la defensa se encuentre presente. Aunado a ello indicó que lo que no se autoriza es a soslayar el derecho a defenderse ya que pudieron convocarlos telefónicamente, ya que la testigo estuvo presente durante más de 6 horas, y si lo hubiesen realizado, hubiesen concurrido de

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

inmediato por la importancia. Sostuvo también que en base lo sucedido solicitó la nulidad de la diligencia, y el Ministerio Público lo declaró infundado. Hizo hincapié en señalar el principio de legitimidad de la prueba, ya que la testigo sostuvo que habría grabado con dispositivos externos hace nueve meses atrás y eso hace ver que no existe ninguna garantía en que el contenido sea confiable. Citó al Acuerdo Plenario 01-2011 y a la Casación 655-2010, al artículo 157 inciso 1, al artículo 159 desarrollado en el Acuerdo Plenario 04-2010, al artículo 202 sobre la legalidad procesal y al artículo 393 del código procesal penal, relacionados con normas de amparo constitucional, debido proceso y derecho a la defensa. A su vez indicó que además de no haber sido convocados han intentado utilizar pruebas que no han sido obtenidas constitucionalmente, por lo que, siguiendo al código procesal penal, han acreditado testigos- peritos que gozan de amplio conocimiento en la materia, ya que la diligencias son de alto contenido técnico e indicó que los peritos han señalado que no tienen la certeza de la seguridad de que estos archivos son auténticos. Además indicó que no existe en la carpeta fiscal no hay lacrado, ni siquiera en esa extracción hay cadena de custodia, ya que solo existe la información de la diligencia, es decir que se está frente a pruebas que no revisten ningún tipo de garantías. Asimismo, señaló que solo se procedió a realizar la investigación de lo que la testigo indicó y no de todos los archivos. Por consiguiente solicitó la nulidad de las diligencias de extracción de audio debido a que fueron realizadas violando derechos fundamentales, así como también la exclusión de los audios obtenidos de manera irregular.(Hizo entrega de informe técnico de

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

17 de febrero de 2020). En réplica al Fiscal Supremo, manifestó que se ha quedado sorprendido y preocupado con lo manifestado por la Fiscalía ya que al haber revisado los acuerdos plenarios de la Corte Suprema se debe garantizar que se respete los derechos fundamentales en las investigaciones. Señaló también que personalmente fue a solicitar el integro de la carpeta y no se la entregaron íntegramente y ello contradice a los criterios de lealtad ya que lo que obra en la carpeta no tiene la cadena de custodia y cómo es posible que la testigo haya concurrido en horas de la mañana y se haya agendado la diligencia en horas de la tarde y no los hayan convocado. Aunado a ello señaló que existe violación del derecho a la defensa porque no los convocaron y que ahora existe mayor fundamento para que se declare la nulidad debido a que no hay forma que esto pase. Con relación a las preguntas realizadas señaló que la testigo cayó en llanto y la Fiscalía la protegía diciendo que no la maltraten. Asimismo indicó que lo que han solicitado que se excluya es lo que no le da garantías y que han pedido los originales para que se haga el debido peritaje. Así como también indicó que la Fiscalía no ha guardado los originales y que en ningún momento hubo diligencias de audios. Hizo mención al artículo 164 del código procesal penal y señaló que es su derecho cuestionar las pruebas y ejercer contradictorio desde el principio. A su vez sostuvo que no es correcto que la investigación sea de manera secreta ya que eso se realiza cuando existe crimen organizado y de haberlo debe existir un plazo máximo de reserva. Finalmente solicitó que se declare fundada la tutela de derechos presentada.

ii) A su turno, el representante del Ministerio Público manifestó que,

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

solicita que se declare infundado el pedido de tutela de la defensa toda vez que no existe fundamento jurídico ni fáctica. La investigación preliminar contra el ex congresista es por los delitos de peculado y falsedad documental. Dado que cuando se desempeñaba como congresista contrató a Dianne Monge, sin embargo se le hizo pagos indebidos mientras se encontraba en España, sin prestar servicio alguno. Luego, con la finalidad de justificar su acción, envío documentación a la autoridad competente con contenido falso. Así pues, sin romper el vínculo laboral a pesar de viajar a España se le seguía pagando por autorización del ex congresista Del Castillo. Afirmación que se corrobora con diálogos (llamadas) entre Jorge del Castillo y Dianne Monge que se da cuenta por un reportaje periodístico. La documentación que envía al Congreso indicando que ya había culminado su función pero por demora de su despacho no se había dado cuenta. Mediante Disposición número cinco, de nueve de enero de dos mil veinte, se reabre el caso (reexamen) y se aumenta el segundo hecho, toda vez que la señorita Dianne Monge concurrió al Ministerio Público de manera voluntaria e indicó que temía por su seguridad y que tenía consigo audios que afirmaban la situación; para ello, el Fiscal le solicitó que trajera los audios para su entrega, lo que finalmente ocurrió, adicionalmente, debido a que tenía que viajar a España. Señaló que no es cierto que esa extracción no tenga la cadena de custodia y que no estén lacrados lo discos. Indicó que el artículo 330 del código procesal penal faculta al Ministerio Público a realizar actos urgentes y a asegurar los elementos de convicción, así como también indicó que las diligencias preliminares pueden hacerse de manera

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

secreta y reservada. Los actos procesales que pueden ser apartados de la investigación preliminar solo si se vulneró el contenido esencial de un derecho fundamental, aspecto que no sucede en la presente causa. Inclusive la defensa a pedido a los peritos que realicen un informe sobre el procedimiento de toma de audio. Solicitó que se declare infundada la tutela de derechos presentada. En réplica a la defensa técnica sostuvo que el numeral 3 del artículo 68 e indicó que la reserva de la investigación no solo es para crimen organizado. Señaló también que recién estamos en diligencias preliminares y con relación al llanto de la testigo sostuvo que fueron una de las razones para tramitar su pedido de protección ya que señaló que se sentía amenazada.

§ TUTELA DE DERECHOS

Es pertinente efectuar las siguientes precisiones:

1°) El modelo procesal penal vigente incorpora una institución de notable incidencia garantista, como es la "*audiencia de tutela de derechos*", que encuentra plena legitimidad en un sistema encaminado a reforzar los derechos y garantías que el entramado normativo consagra a lo largo de su listado legal[1]. Es decir, el imputado tiene expedita una específica garantía de tutela jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución penal, que no tengan origen

[1] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal, Cuarta Edición, editorial Instituto Pacífico S.A.C., Febrero – 2016, Lima – Perú, Pág. 273.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

jurisdiccional[2].

2°) La finalidad esencial es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes, consiste además que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva que ponga fin al agravio.

3°) Los derechos protegidos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del Código Procesal Penal, como son:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor.

d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o

[2] SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones, editorial INPECCP y CENALES, Primera Edición, Noviembre 2015, Lima - Perú, Pág. 238.

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley.

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

4°) Asimismo, el numeral 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, establece que "*cuando el imputado considera que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria (...)*".

5°) De la interpretación de la norma en cuestión, advertimos que la tutela del Juzgado de Investigación Preparatoria no se limita a los derechos descritos textualmente en la norma sino que también comprende otros que guardan relación con aquellos y los derechos fundamentales del imputado que no tienen vía propia, en la etapa procesal pertinente.

6°) Ahora bien, el Acuerdo Plenario N.° 04-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, establece que esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de Investigación Preparatoria; asimismo, ***la audiencia de tutela es residual***, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado. Por lo tanto, aquellos

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela.

7°) Siendo así, el objeto de esta garantía procesal abarca tres ámbitos: **a)** El derecho de información de los derechos legalmente reconocidos –y su concreción en un acta-, previstos en el apartado 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, **b)** El reconocimiento y efectividad de los derechos legales, que obviamente son aquellos seis fijados en el los artículos 71 numeral 2 y 87 del Código Procesal Penal; y, **c)** La imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales.

8°) A mayor abundamiento, nos remitimos al pronunciamiento de la Sala Penal Especial[3], que señala: *"(...) es posible, a través de la tutela, controlar una actuación defectuosa del Ministerio Público, incluso una disposición fiscal, cuando resulta manifiesta la vulneración a alguno de los derechos reconocidos a favor del imputado"*.

§ANTECEDENTES

De las documentales adjuntadas por el solicitante, la información recabada en audiencia pública y la revisión de la carpeta fiscal, se tiene que:

- Los hechos materia de investigación fueron de conocimiento de la Fiscalía de la Nación, a través de la noticia propalada el 31 de marzo de 2019 por el programa "Panorama" de Panamericana

[3] Resolución N.° 5, de 10 de diciembre de 2018, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en el cuaderno de apelación de tutela de derechos de Pedro Pablo Kuczynski Godard (A.V. N.° 19-2018), fundamentos 2.4 y 2.6 del segundo considerando.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

Televisión, titulada: "Trabajadora fantasma en el Congreso – Asesora cobró sin trabajar en despacho de Jorge del Castillo", la misma que fue reproducida por los diversos medios de comunicación, haciendo alusión a los presuntos hechos ilícitos relacionados con el indebido pago a una funcionaria asignada al despacho del Congresista de la República Jorge Del Castillo Gálvez.

- Mediante disposición N.° 01, de 1 de abril de 2019 (obrante en el folio 5 de la carpeta fiscal), la Fiscalía de la Nación, dispuso requerir al Congresista de la República Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, informe de descargo respecto a los hechos comunicados.
- Mediante disposición N.° 02, de 11 de julio de 2019 (obrante en el folio 92 de la carpeta fiscal), la Fiscalía de la Nación, dispuso no ha lugar para promover investigación preliminar contra Jorge Alfonso Del Castillo Gálvez por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en agravio del Estado.
- Por disposición N.° 04, de 9 de diciembre de 2019 (obrante en el folio 100 de la carpeta fiscal), la Fiscalía de la Nación, dispuso la reapertura del presente caso seguido contra Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez por delito contra la Administración Pública e iniciar investigación preliminar por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública –peculado- en agravio del Estado.
- El indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, por escrito de 10 de diciembre de 2019 (obrante en el folio 105 de la carpeta fiscal) se apersonó ante el Ministerio Público y acreditó a sus abogados defensores; asimismo, señaló domicilio procesal,

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

correo electrónico y teléfono de contacto.

- El 20 de diciembre de 2019, conforme al acta del folio 239 de la carpeta fiscal se recibió la declaración testimonial de Dianne Melinne Monge Berrocal, con participación del abogado del indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez. Dicha diligencia fue programada a través de la providencia N.° 08, de 11 de diciembre de 2019, obrante en el folio 118 de la carpeta fiscal.
- El 23 de diciembre de 2019, conforme al acta del folio 248 de la carpeta fiscal, se realizó la extracción y aseguramiento digital de la información de una Tablet marca LENOVO modelo YT3-X50F.
- El 23 de diciembre de 2019, conforme al acta del folio 255 de la carpeta fiscal, se realizó la extracción y aseguramiento digital de la información de una cámara digital SAMSUNG.
- Por disposición N.° 05, de 9 de enero de 2020, obrante en el folio 259, la Fiscalía de la Nación dispuso ampliar la investigación preliminar seguida contra Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, por los hechos descritos en la presente disposición y que configurarían los delitos de Falsedad Ideológica, Falsedad Genérica u otros delitos que resulten de la investigación en agravio del Estado.
- El abogado del indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, mediante escrito de 23 de enero de 2020, obrante en el folio 385 de la carpeta fiscal, solicitó a la Fiscalía de la Nación, la nulidad absoluta de la diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una Tablet marca LENOVO modelo YT3-X50F y de la diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una cámara digital SAMSUNG; asimismo, la

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

exclusión de las pruebas consistentes en los audios obtenidos en las diligencias de extracción y aseguramiento digital.

- Mediante disposición N.° 06, de 4 de febrero de 2020, obrante en el folio 416 de la carpeta fiscal, la Fiscalía de la Nación, declaró infundadas la nulidad de las diligencias y la exclusión de medios probatorios.
- Por disposición N.° 07, de 4 de febrero de 2020, obrante en el folio 419 de la carpeta fiscal, la Fiscalía de la Nación declaró compleja la investigación preliminar y fijó el plazo de ocho meses.
- El abogado del indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, mediante escrito de 12 de febrero de 2020, obrante en el folio 434 de la carpeta fiscal, designó como peritos de parte a Pedro Infante Zapata y Oscar Estela Campos, a fin de que participen en las pericias que se realicen a los audios extraídos por la Fiscalía de la Nación.

§ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

PRIMERO: El abogado defensor del indagado JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ, solicita tutela de derechos, básicamente, porque –según alega- la Fiscalía de la Nación a cargo de la investigación preliminar (carpeta fiscal N.° 108000001-2019-97-0), el 23 de diciembre de 2019, llevó a cabo las diligencias de extracción y aseguramiento digital de la información de una Tablet marca LENOVO modelo YT3-X50F y una cámara digital SAMSUNG, sin haber puesto en conocimiento previo a la defensa técnica para que participe en dichas diligencias, lo que habría vulnerado su derecho de defensa. Por tal motivo, requiere como medidas correctoras: **i)** Nulidad de las diligencias de extracción y

Dr. HUGO NUÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

aseguramiento digital de la información de una Tablet marca LENOVO modelo YT3-X50F y una cámara digital SAMSUNG, y **ii)** La exclusión como medios probatorios de los audios obtenidos en las diligencias del 23 de diciembre de 2019.

SEGUNDO: La finalidad esencial de la audiencia de tutela es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige como un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos, ante la alegación del investigado, de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del Código Procesal Penal, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración del derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio-, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora.

TERCERO: Si bien, los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71 del

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

Código Procesal Penal, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley[4].

CUARTO: Ahora bien, tal como se ha planteado la solicitud de tutela de derechos en el presente caso, corresponde remitirnos al fundamento 17 del Acuerdo Plenario N.° 4-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, según el cual: "*(...) a través de la audiencia de tutela* ***se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente*** *–en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba –regulado en el artículo 159° del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección*". En este extremo corresponde hacer las siguientes precisiones:

4.1.- La prueba ilícita o prohibida puede definirse como aquella obtenida o practicada con vulneración de los derechos

[4] Acuerdo Plenario N.° 4-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, expedido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 16.

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

fundamentales y admite en ciertos casos reglas de exclusión probatoria con eficacia refleja; en tanto la prueba irregular es aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio sin afectación nuclear de derechos fundamentales, y sometida en su generalidad, a la nulidad de los actos procesales donde se admite su subsanación y convalidación[5].

4.2.- En el caso concreto de la tutela de derechos a través del Acuerdo Plenario N.° 04-2010/CJ-116 se ha extendido el empleo de la tutela de derechos para la exclusión por parte del juez de investigación preparatoria del material probatorio obtenido ilícitamente en salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales, con lo que ***el acuerdo solamente ha considerado objeto de tutela a la prueba ilícita o prohibida, y no a la prueba irregular***, ni tampoco al cuestionamiento respecto de la valoración de los elementos de convicción recabados durante la investigación preparatoria que corresponde realizarse en la etapa intermedia.

4.3.- La protección de los derechos fundamentales con rechazo a la prueba ilícita se puede extraer del artículo 2 numeral 10) de la Constitución Política del Estado, en el que se reconoce el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y se exige que solamente estos pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez; y por eso no se confiere ningún efecto legal a los documentos privados obtenidos con violación a este

[5] MIRANDA ESTRAMPÉS, Manuel. "*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*". En: *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, páginas 132-133.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

precepto. Por su parte el artículo 2 numeral 24 inciso 4) de la misma Carta Magna ha apuntado que carecen de valor las declaraciones obtenidas por medio de la violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura, tratos inhumanos o humillantes, además de otras normas sobre derechos fundamentales que exigen el cumplimiento de ciertos requisitos para su restricción; todo ello según algunos procesalistas, bajo la inspiración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 2 numeral 24 inciso e) de la Constitución Política[6].

4.4.- En consideración del Tribunal Constitucional del Perú[7], 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, señaló que: *"(...) en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa*

---

[6] COÁGUILA VALDIVIA, Jaime. *"Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal"*, editorial Gaceta Jurídica S.A., primera edición, febrero 2013, Lima-Perú, página 67-68.

[7] Sentencia de 27 de octubre de 2010, expedida en el expediente N.° 00655-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 7.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

o indirecta de algún derecho fundamental, ***mas no de los derechos de rango legal o infralegal***".

QUINTO: En el presente caso, la Fiscalía de la Nación –debido a que, al indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, se le imputa un presunto delito de función ocurrido cuando ejercía el cargo de Congresista de la República, goza de la prerrogativa del antejuicio político de conformidad con el artículo 99 de la Constitución Política del Perú-, mediante disposición N.° 04, de 9 de diciembre de 2019, obrante en el folio 100, dispuso iniciar investigación preliminar contra el solicitante Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, por el presunto delito contra la administración pública –Peculado- en agravio del Estado; ampliado a los delitos de Falsedad Ideológica, Falsedad Genérica u otros delitos que resulten de la investigación en agravio del Estado [en mérito a la disposición N.° 05, de 9 de enero de 2020 obrante en el folio 259 de la carpeta fiscal], considerándose como objeto de investigación: "*(...) el presunto conocimiento que habría tenido el ex Congresista de la República, Jorge del Castillo Gálvez, de que la servidora Dianne Melinne Mongre Berrocal se encontraba fuera del país desde el 31 de diciembre de 2018 y la autorización que habría brindado para que esta siga laborando desde el país de España, razón por la cual de forma regular, la administración depositó a la servidora Dianne Melinne Monge Berrocal su remuneración correspondiente al mes de enero de 2019 y demás beneficios económicos detallados en la boleta de pago respectiva (...)*"; y, "*(...) el investigado señaló ante las instancias administrativas del Congreso de la República y también ante este despacho que no tenía conocimiento de que la señorita Monge Berrocal en el mes de enero de 2019 continuaba laborando desde el país de España, así lo manifestó en los documentos respectivos; sin embargo, conforme a lo narrado por la ex servidora y el contenido de los diálogos difundidos, el investigado no solo habría tenido conocimiento y autorizado dicho desplazamiento, si no que los documentos antes mencionados fueron redactados para tratar de sorprender a las autoridades administrativas del Congreso de la República y a la Fiscalía de la Nación, hecho que podría configurar delito de Falsedad Ideológica o*

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

Falsedad Genérica (...)".

SEXTO: Es preciso resaltar que en el caso bajo análisis nos encontramos en etapa de ***diligencias preliminares***; al respecto, es pertinente efectuar las siguientes precisiones:

6.1.- Según la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República[8], la etapa de Investigación Preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda, la investigación preparatoria propiamente dicha. Dichas sub etapas son distintas porque tienen finalidades y plazos distintos[9], a pesar que el numeral 2 del artículo 337 del Código Procesal Penal establece que *"las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria"*. Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables conforme a lo dispuesto por el artículo 330 del Código Procesal Penal, mientras que la investigación preparatoria propiamente dicha tiene como finalidad reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo –véase el artículo 321 del Código Adjetivo-. Asimismo, ambas sub etapas pueden ser objeto de control de plazo, en el caso de las diligencias preliminares –conforme al numeral 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal- y en la investigación preparatoria –conforme al numeral 2 del artículo 343 del Código Procesal Penal-.

---

[8] Auto de casación de 03 de junio de 2008, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N.° 02-2008/La Libertad, fundamento jurídico séptimo.

[9] Establecido como doctrina jurisprudencial en el auto de casación de 03 de junio de 2008, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.° 02-2008/La Libertad.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

de 2011, en su fundamento 2.8., destaca los tres fines de las diligencias preliminares:

i) Realizar actos urgentes sólo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles;

ii) Asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e

iii) Individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible.

En consecuencia, en el fundamento 2.9 señala que cualquier otro tipo de diligencia que tuviera una finalidad distinta a las antes mencionadas constituiría fuera de los parámetros de las diligencias preliminares, pues de ser así, se estaría llevando diligencias propias de una Investigación Preparatoria.

6.6.- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República[10], se pronunció de la siguiente manera:

i. Que, las diligencias preliminares constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, por cuanto ***el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación***, y por ende elabore su estrategia acusatoria o desestime la denuncia, cuyo plazo es de breve investigación, ***realizada de forma unilateral y reservada***.

ii. Que, el artículo 330 de la Ley Procesal Penal, establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad

[10] En la sentencia de casación de 26 de abril de 2011, expedida en la Casación N.° 66-2010/Puno, fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto.

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

inmediata realizar los ***actos urgentes o inaplazables***; ***asegurar*** los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

iii. Que, el plazo de veinte días le corresponde a la fase de diligencias preliminares; la cual no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada de la *investigación preparatoria*; esto es porque cada una de ellas persigue una finalidad distinta; pues, las diligencias preliminares son para concluir si se formalizada o no denuncia.

6.7.- Es importante señalar que, la autonomía institucional atribuida al Ministerio Público responde al nuevo modelo procesal penal asumido, esto es, el acusatorio. En este caso es el Fiscal el titular del ejercicio de la acción penal y director de la investigación. Esto de conformidad con el inciso 4 de artículo 159 de la Constitución Política del Perú. Así también, el Código Procesal Penal le asigna al Fiscal la dirección de la investigación con apoyo de la Policía conforme el artículo 60 y 61.2 del citado cuerpo normativo. Bajo estos parámetros nos apartamos del núcleo del modelo inquisitivo, esto es, la instrucción judicial y las facultades propias del Juez Inquisidor o instructor, y por otro lado, en el Código Procesal Penal el fiscal, conforme a sus facultades y atribuciones, *puede llevar a cabo una investigación preliminar o directamente iniciar investigación preparatoria, no es obligatorio realizar una investigación preliminar*, esto es así porque las diligencias preliminares tienen por objeto, como ya se ha puntualizado, determinados actos urgentes e inaplazables, considerando que se

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

requiere sospecha inicial simple y todo ello se circunscribe a la estrategia del fiscal quien determinará el momento en que concluya dicha etapa.

6.8.- El Profesor Neyra Flores, conceptualiza esta etapa procesal de la siguiente manera: *"Las diligencias preliminares constituyen la primera sub-etapa, pre-jurisdiccional del proceso, en la cual el Fiscal está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone de una investigación preliminar* ***encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir la prueba mínima***"[11].

6.9.- El Código Procesal Penal de 2004, confiere dos roles concurrentes pero sucesivos al Ministerio Público en cuanto titular del ejercicio de la acción penal: **i)** Conductor de la investigación desde su inicio [Tres consecuencias acarrea esta posición institucional: 1) Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de la investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación, declarar su cierre, 2) Conseguir autorizaciones judiciales –medidas limitativas de derechos en general-, 3) Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública[12]] y **ii)** Acusador en el juicio oral.

6.10.- Por las razones mencionadas, el Fiscal, al ser el conductor de la investigación preparatoria –desde su inicio, incluida la investigación preliminar- y conforme a las atribuciones concedidas por el numeral 2 del artículo 65 del Código Procesal Penal, al tener la noticia de

[11] NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa, 2010, pp. 287-288.
[12] SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones, Noviembre 2015, primera edición, editores INPECCP y CENALES, página 208.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

un delito –los hechos materia de la presente investigación fueron puestos en su conocimiento por los diversos medios de comunicación- dispuso abrir investigación preliminar [Las diligencias preliminares es una fase pre-jurisdiccional, porque se encuentra en el contexto que el Fiscal ya conoció la noticia criminal, pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria. En ella se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito –sea de oficio o por la parte denunciante- tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal. Que, además, la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de establecer: **i)** Si el hecho denunciado es delito, **ii)** Si se ha individualizado a su presunto autor; y, **iii)** Si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Las diligencias preliminares son importantes en tanto **aseguran el cuerpo del delito**, esto es, los elementos de prueba que por **su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles**, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal[13]]. Concluida la misma, la Fiscalía de la Nación arribará a la conclusión de que la noticia criminal tiene verosimilitud y existe elementos indiciarios suficientes para continuar con la persecución de los presuntos delitos y autores, o caso contrario archiva la misma.

6.11.- Tal como señaló el Tribunal Constitucional[14], *"La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías (...). Principio de*

[13] Casación N.° 14-2010/La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente, en ALVA MONGE, Pedro J.; y, SÁNCHEZ TORRES, Alexander G. Las casaciones penales en el Perú, Jurista Editores, Lima 2015, tomo I, página 631.
[14] Expediente N.° 6167-2005-PHC/TC, Lima, fundamento 3.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

interdicción de la arbitrariedad. (...). El grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y, c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Principio de legalidad en la función constitucional. (...). El fiscal actúa como ***defensor de la legalidad y representante de la causa pública*** *en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley. Debido Proceso y tutela jurisdiccional. (...) el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (...). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines".* Es decir, a pesar de que las decisiones del Fiscal sean emitidas conforme a sus atribuciones, pueden ser revisadas, para determinar afectación de los derechos fundamentales del investigado.

6.12.- La Sala Penal Especial[15], señaló que: *"(...) es pertinente dejar claro que* ***las disposiciones fiscales pueden ser objeto de control por el órgano judicial competente del Poder Judicial, siempre que puedan ser sujetas de subsanación, corrección o aplicación de protección****, vía tutela de derechos, que no es el caso; o, si vulnerar algún derecho constitucional (ver numeral 1.4 del SN) en vía de incidente de nulidad, que no cabe por la excepción legalmente señalada".*

[15] Auto de apelación, resolución N.° 5, de 11 de abril de 2019, expedido en el expediente N.° 20-2018-2-5001-JS-PE-01/cuaderno de apelación de tutela de derechos, caso Pedro Pablo Kuczynski Godard, fundamento 2.15 del segundo considerando.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

6.13.- A mayor abundamiento, en el fundamento tercero del Recurso de Casación N.° 1-2011- Piura, de 08 de marzo de 2012, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República, señala: *"(...) se encuentra establecido que la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, plena facultad de persecución de los delitos y el deber de la carga de la prueba, para lo cual* ***asume la conducción de la investigación desde su inicio****. Precisándose que en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos, siendo que una vez realizadas las diligencias iniciales o preliminares de investigación, y si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que el fiscal realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, emitirá la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, lo cual le deberá comunicar al Juez de la investigación Preparatoria, conforme al artículo tres del Código Proceso Penal".*

6.14.- En buena cuenta, el Ministerio Público tiene el poder de la persecución penal y de la investigación de los involucrados en delitos. Nadie puede arrogarse dicha función porque usurparía funciones de la fiscalía. La excepción es cuando se trata de delitos de acción privada, ya que aquí es el ofendido quien también cumple el rol de acusador[16]. Cabe precisar que, el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

[16] ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo I.* Lima. Ed. Gaceta Jurídica –Primera Edición 2015, página 107.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

SÉPTIMO: El derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso; este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, referido al patrocinio de una abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo[17]. Así, este ***derecho se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente***. Este derecho fundamental se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la Ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección quien debe informarse de los cargos, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones[18]. El derecho de defensa en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el artículo IX de su título preliminar.

OCTAVO: De otro lado, el derecho de contradicción se deriva del derecho de defensa, que hace alusión al derecho a conocer de la

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2011, emitida en el expediente N.° 00910-2011-PHC/TC/Huánuco.
[18] Casación N.° 413-2014/Lambayeque, publicada en el Diario "El Peruano", de 22 de julio de 2015.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

acusación formulada –en este caso la imputación inicial- a efectos de hacer uso de la correspondiente contradicción como ejercicio paralelo a la acción. En efecto, el derecho de contradicción, supone en primer término, la cognición sobre la amplitud de la imputación delictiva. No existe posibilidad de ejercer una debida contradicción, si previamente no se cuenta con los instrumentos que la hacen viable, los fundamentos en que se basa la incriminación. Tener conocimiento de lo que se atribuye es esencial para poder plantear de la mejor manera la estrategia de defensa, sino se sabe de la acusación no podrá responderse coherentemente. Por consiguiente, al imputado se le deberá correr traslado de todas las diligencias y resoluciones que acontezcan en el transcurso desarrollativo del proceso penal. Es un derecho esencial conocer sobre la naturaleza de los hechos imputados, de sus implicancias y de sus efectos, en razón de ejercer eficazmente el derecho de defensa que se expresará en la posibilidad de refutar y de desvirtuar las pruebas de cargo destinadas a desbaratar el sustento de la acusación formulada –en este caso términos de la imputación inicial requerida para dicho momento- por el ente pretensor[19].

NOVENO: El derecho de defensa del imputado alcanza el ámbito extraprocesal, es decir, desde el conocimiento de la noticia criminal y hasta el final del proceso, surge entonces la necesidad de ser informado de los cargos que se formulen en su contra, así como de los elementos de cargo con los que se cuenten. Así, la doctrina mayoritaria reconoce como garantía del derecho de defensa no sólo el ser informado de la acusación, sino propiamente el de la imputación. El derecho a ser

[19] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Ediciones Legales, Lima – Perú, 2013, páginas 157-158.

Dr. HUGO NUÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA PALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

informado de la imputación se proyecta respecto del hecho punible del que se le considera autor con todas sus circunstancias y de los derechos que se le asisten. Es decir, el sujeto pasivo o imputado tiene derecho a que se le comuniquen los cargos materia del cual se le investiga como presunto autor desde el inicio de las investigaciones o desde que se entera de ellas; así como se le informen sus derechos al cabo de todas las diligencias que se realicen, esto es, que tiene derecho a guardar silencio, a contar con un abogado defensor, etc. En resumen, el derecho a ser informado de todos los cargos que se imputan, es un presupuesto necesario para hacer efectivo un derecho de defensa, pues si el imputado desconoce los cargos que se le imputan no puede enfrentarse a ellos, no puede luchar contra fantasmas, es por ello que es preciso que desde el más prematuro inicio del proceso se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra para que pueda dirigir su defensa en ese sentido[20].

DÉCIMO: En ese contexto, tal como se aprecia en el cuaderno de evidencias que corre anexo a la carpeta fiscal, el 23 de diciembre de 2019, el Coordinador del Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales de la Fiscalía de la Nación, realizó las diligencias de extracción y aseguramiento digital de la información de una Tablet marca LENOVO modelo YT3-X50F y una cámara digital SAMSUNG; y si bien, como se puede advertir claramente en la documental respectiva, no participó el abogado defensor del indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

10.1.- Conforme a la etapa en que nos encontramos, dichas

[20] NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del nuevo proceso penal &de litigación oral, IDEMSA, Lima-Perú, julio 2010, páginas 199-200.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

que sea efecto inmediato del mismo o que se refiere a él, de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba". Con ello se intenta distinguir entre **(i)** la persona o cosa objeto del delito, **(ii)** los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito, **(iii)** los efectos relacionados con el delito, que serían las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución, y **(iv)** las piezas de convicción, que serían las huellas, rastros o vestigios –elementos materiales, en suma- dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos, y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor. Lo expuesto revela la naturaleza heterogénea del cuerpo del delito, en cuanto es, al mismo tiempo, medio y objeto de investigación. Medio de investigación porque a través de él es posible averiguar importantes extremos relativos al hecho delictivo (e, incluso, indirectamente, relativos al delincuente). Objeto de investigación, en el sentido de que las materialidades que lo componen pueden ser, a su vez, objeto de diligencias de investigación de esta índole[21].

10.3.- Según dichos lineamientos, las diligencias cuestionadas por la defensa técnica -realizadas por el representante del Ministerio Público conforme a sus atribuciones y facultades de director de la investigación- ***consisten en la extracción y aseguramiento de archivos digitales que guardan relación con el objeto de investigación*** y constituyen piezas de convicción para la presente investigación en curso.

10.4.- En efecto, en mérito del numeral 2 del artículo 330 del Código

[21] Acuerdo Plenario N.° 6-2012/CJ-116, de 7 de marzo de 2013, expedido en el VIII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, fundamento jurídico 8.

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

Procesal Penal, las diligencias –como las que ha realizado el representante del Ministerio Público en este caso- son compatibles con la **finalidad inmediata** establecida en la Ley, ya que se trata de ***actos urgentes o inaplazables*** destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; asimismo, como expuso el Fiscal en audiencia pública, buscó ***asegurar debidamente dichos elementos materiales***.

10.5.- La calidad de **urgencia** en su realización tiene sustento por lo siguiente:

- ✓ Dianne Melinne Monge Berrocal tiene la condición de testigo en el presente caso.
- ✓ El testigo es aquella ***persona física citada o comparecida espontáneamente al proceso*** con el fin de transmitir con sus manifestaciones el conocimiento que tenga sobre un hecho concreto pasado, que ha percibido sensorialmente en forma directa o indirecta (es el caso del testigo de referencia) y que resulta de interés probatorio en la causa[22].
- ✓ Rindió su declaración el 20 de diciembre de 2019, tal como se aprecia en el acta del folio 239 de la carpeta fiscal; en la cual, ante las preguntas 5 y 6 efectuadas por el representante del Ministerio Público, señaló que: *"Si las tengo en mi poder, tengo diversas grabaciones, pero no las he traído en este momento. Sí **haré llegar las grabaciones oportunamente**"* y *"La primera llamada con el asesor Carlos León fue con mi cámara fotográfica, que tiene opción de grabar video. Las demás*

[22] NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral, IDEMSA, Lima – Perú, julio 2010, página 566.

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

grabaciones fueron con mi Tablet y otras por un celular de tercero". Al ser consultada si tenía en su poder los aparatos con los que realizó las grabaciones, pregunta 42, efectuada por la defensa técnica del indagado sostuvo que: *"Me voy abstener en responder **por mi seguridad y por mi integridad**"*. Es decir, en su declaración con participación de la defensa puso en conocimiento que tenía en su poder las grabaciones y que las haría llegar a la Fiscalía; igualmente, manifestó el temor que sentía.

- ✓ En el mes de diciembre se celebran las fiestas de navidad, siendo feriado calendario el 25 de diciembre de cada año; por lo que, existía poco tiempo para realizar las diligencias, teniendo en cuenta que la misma testigo informó que retornaría a España.
- ✓ Efectivamente, según el oficio N.° 000590-2020-MIGRACIONES-AF-C, de 21 de enero de 2020, obrante en el folio 275 de la carpeta fiscal, remitido por la Superintendencia Nacional de Migraciones, la ciudadana Dianne Melinne Monge Berrocal salió del Perú con destino al Reino de España, el <u>26 de diciembre de 2019</u>.
- ✓ Por lo que, el 23 de diciembre de 2019, fecha en que se realizaron las diligencias, se encontraba próxima a la salida del país, siendo **urgente y necesario** recabar las grabaciones que guardan relación con la investigación.

10.6.- Ahora bien, sobre la omisión de notificación de las diligencias, a la defensa técnica, que impidió su participación en la misma, debe tenerse en cuenta que:

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

- De la revisión de la carpeta fiscal, no se aprecia que dichas diligencias de extracción y aseguramiento hayan sido programadas con anticipación a través de una providencia fiscal que requiera notificación a la defensa técnica.
- Las diligencias se realizaron por el apersonamiento **voluntario y espontáneo** de la ciudadana Dianne Melinne Monge Berrocal al despacho de la Fiscal de la Nación, sobre lo que se dejó expresa constancia en las actas de extracción y aseguramiento de los folios 248 y 255 de la carpeta fiscal.
- De conformidad con el artículo 164 del Código Procesal Penal, el testigo, puede ser ***citado*** –en el modo y forma establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal- o ***presentarse espontáneamente***. En el primer caso, debe existir una programación previa a través de una disposición o providencia –según sea el caso- emitida por el representante del Ministerio Público, la misma que es notificada a las partes conforme a Ley; en el último caso, por su propia naturaleza –espontaneidad- depende de la voluntad del propio declarante para apersonarse al despacho fiscal y el interés del fiscal como director de la investigación –conforme a su estrategia en la investigación en curso-. En caso de una declaración testimonial espontánea, la norma procesal solo exige que tal circunstancia se haga constar en el acta respectiva.
- Siendo así, conforme se aprecia en los folios 248 y 255, las diligencias de extracción y aseguramiento, fueron

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

realizadas por el fiscal a cargo de la investigación conforme a sus atribuciones, el 23 de diciembre de 2019 y si bien, no fueron programadas con anticipación ni fueron puestas en conocimiento de las partes procesales previamente a su realización, se procedió así porque la poseedora de los bienes (cámara digital SAMSUNG y Tablet marca LENOVO modelo YT3-X50F) **se apersonó espontáneamente**, tal como dejó constancia el representante del Ministerio Público, de la siguiente manera: *"Se deja constancia que la testigo antes nombrada, conforme a lo ofrecido en su testimonial de fecha 20 de diciembre del presente año, **acudió** a la sede del Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales portando una tablet marca LENOVO en las que refiere tener grabado los diálogos que mantuvo con el ex Congresista Jorge del Castillo Gálvez. Refiere además que debe extraerse solo los archivos pertinentes a la investigación, ya que dicho aparato electrónico es de uso personal y contiene información de índole privada. Además, indica que no puede dejar el aparato por las razones ya señaladas, en razón de que está viajando fuera del país en los próximos días (...)"*; y, *"Se deja constancia que la testigo antes nombrada, conforme a lo ofrecido en su testimonial de fecha 20 de diciembre del presente año, **acudió** a la sede del Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales portando una cámara fotográfica marca SAMSUNG en la que refiere tener grabado los diálogos que mantuvo con el ex Congresista Jorge del Castillo Gálvez. Refiere además que debe extraerse solo los archivos pertinentes a la investigación, ya que dicho aparato electrónico es de uso personal y contienen información de índole privada. Además, indica que no puede dejar el aparato por las razones ya señaladas, en razón de que está viajando fuera del país en los próximos días (...)"*.

Abog. LUISA DELIA FALCON VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

- Entonces, se recibió las grabaciones ante la concurrencia voluntaria y espontánea de la testigo, tal como regula el Código Procesal Penal y a efectos de garantizar el derecho de defensa del investigado, fue puesta en conocimiento de su defensa técnica –lo que se infiere del hecho que la misma parte solicita tutela de derechos haciendo referencia a las diligencias, incluso solicitó la nulidad ante el propio representante del Ministerio Público y efectuó la revisión de la carpeta fiscal según las constancias que obran en los folios 17, 20 y 29 de la carpeta auxiliar de cargos-.
- Es pertinente recalcar sobre la etapa procesal en la que nos encontramos (investigación preliminar), a pesar de formar parte de toda la investigación preparatoria en su conjunto, en comparación con la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha, tienen finalidades distintas y durante su desarrollo, tanto el imputado como los demás intervinientes, **pueden solicitar -al Fiscal- todas aquellas diligencias que consideran pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos –numeral 4, del artículo 337, del Código Procesal Penal-** siempre que estén acordes a los fines de la etapa procesal en que se encuentre, previo pronunciamiento del propio Fiscal –incluso ante el rechazo puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria-. Siendo así, la defensa técnica, teniendo conocimiento de la existencia de las grabaciones extraídas y aseguradas, puede solicitar –de ser el caso- diligencias de investigación al respecto.
- Siendo así, no se aprecia vulneración alguna al derecho de defensa del indagado Jorge Alfonso Alejandro Del

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

Castillo Gálvez, en la extracción y aseguramiento de las grabaciones proporcionadas voluntariamente y espontáneamente por la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal, tratándose de una diligencia urgente realizada por el representante del Ministerio Público conforme a sus atribuciones como titular de la acción penal pública, director de la investigación y defensor de la legalidad.

- La extracción y aseguramiento se ha realizado sin presencia de la defensa técnica, al presentarse las circunstancias de urgencia y espontaneidad, establecidas en la Ley.
- Se trata de equipos tecnológicos que pertenecen a la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal, que según puso en conocimiento contiene información privada y su asentimiento para la extracción sólo se circunscribió a los archivos que guardan relación con la presente investigación; si bien, como aduce la defensa, el representante del Ministerio Público pudo haber retenido los equipos y haber extraído toda la información contenida en ellos, para tales efectos también se deben garantizar los derechos de dicha testigo, tratándose de información privada que no era ofrecida voluntariamente, necesariamente debía instarse una autorización judicial, cuya tramitación, ante la proximidad de su viaje al extranjero, la hubiese convertido en ineficaz.
- Es pertinente tener en cuenta que de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley N.° 27697, se

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

entiende por "comunicación" a cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de éste, por cualquier medio; y, se entiende por "medio" al soporte material o energético en el cual se porta o se trasmite la comunicación; asimismo, en virtud del artículo 4 de la Ley citada, lo dispuesto en dicha Ley se aplica también para los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, así como a todo otro documento privado que pueda ser útil para la investigación.

- Siendo así, los equipos electrónicos y dispositivos de almacenamiento, pueden ser considerados como medios y comunicación propiamente dicha, por tanto susceptibles de la medida de levantamiento de secreto regulado por Ley, en tanto pueden contener información relevante para la investigación en curso.
- Los objetos materia de la extracción y aseguramiento (cámara fotográfica y Tablet), conforme a su naturaleza, **pueden contener información que afecte la esfera privada de la testigo**; por esta razón, si se quería efectuar la extracción de toda la información contenida en los dispositivos –como afirma la defensa- era necesaria la intervención del Juez de la Investigación Preparatoria o Juez de Garantías, a través de la autorización judicial para obtener dicha información, siempre y cuando, esté relacionada con los hechos materia de imputación y sirvan para los fines de la investigación.

10.7.- Es pertinente hacer alusión a la circunstancia especial referida

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

por el representante del Ministerio Público respecto a que la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal se sentía intimidada. En efecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Conforme al acta del folio 1 de la carpeta de asistencia a víctimas y testigos, el 23 de diciembre de 2019, la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal, acudió al despacho de la Fiscalía de la Nación, manifestando que en razón de la denuncia presentada en contra del ex congresista Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez y su testimonio brindado, **solicita la medida de protección a su favor**, precisando sentirse preocupada e intimidada y que teme por su integridad física así como la de sus familiares por las represalias que puedan tomar en su contra: **(1)** Recibió amenazas previas a su viaje de retorno de Madrid a Lima, mediante llamadas vía WhatsApp de números desconocidos, en los cuales sostenían que no se atreva a venir porque la iban a esperar en el aeropuerto, **(2)** No se atreva a hablar de temas que sabía del partido, **(3)** Luego del segundo reportaje de trascendencia nacional recibió diversos ataques por las redes sociales de personas desconocidas y de personas identificadas en los grupos de WhatsApp que son del partido aprista al cual pertenece el indagado, **(4)** Por la forma en que el abogado del investigado hizo algunas preguntas reiteradas y de manera insistente sobre la ubicación de los aparatos con los que grabó la conversación, pensaba que le podía sustraer y perderse la información.
- En efecto, conforme se aprecia en el acta de

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

declaración testimonial del folio 239 de la carpeta fiscal, el abogado del investigado Jorge Del Castillo Gálvez participó en dicha diligencia.

- Independientemente del trámite que corresponda respecto a la medida de protección solicitada ante el Ministerio Público, en audiencia pública de tutela de derechos, el abogado del investigado hizo referencia al interrogatorio que efectuó a dicha testigo, incluso hizo una recreación sobre su participación en dicha diligencia, alzó la voz y fue bastante enfático en sus intervenciones, lo que pudo ser advertido por el magistrado en virtud del principio de inmediación; siendo así, por máximas de la experiencia, es entendible que una persona que brinda un testimonio se sienta intimidada.
- Además, debe considerarse la gravedad de los hechos investigados y la condición que tuvo el investigado como alto funcionario público –Congresista de la República-, y el tiempo que ha ejercido el cargo, lo que permite contar con recursos económicos y contactos diversos, que por solo dicha circunstancia puede amedrentar o generar temor en los posibles testigos que pudieren declarar en su contra.
- Es del caso referirnos al documento denominado "Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos", aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

de 2019[23]. En dicho documento se señala: *"514. De conformidad a los estándares interamericanos, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos humanos. En esta materia, estas medidas deben ser integrales y coordinadas a desmantelar los factores sistémicos que fomentan, permiten y provocan la corrupción en la región, entre ellas, la debilidad institucional, la concentración de poder, la amplia discrecionalidad, la ausencia de mecanismos de control efectivos, el ambiente de impunidad, la falta de adecuadas y oportunas reparaciones a las víctimas y la influencia de una extendida cultura de tolerancia hacia la corrupción (...) 519. La CIDH advierte que la falta de sanción efectiva genera un ambiente de impunidad que fomenta la corrupción. Es necesario que los Estados realicen una respuesta adecuada en la medida en que los actos de corrupción no sólo además de constituir ilícitos penales, tienen un impacto en la situación de los derechos humanos en el Estado de que se trate. Por ello, combatir la impunidad también implica garantizar que estos actos de corrupción, que tienen un grave impacto para el goce y ejercicio de los derechos humanos, no vuelvan a suceder en el futuro (...)"*. Entre sus recomendaciones se indica: *"6. Garantizar los testigos de corrupción no estarán sujetos a presiones externas ni internas, que no sufrirán represalias por sus labores y estas no afectará su carrera profesional y/o sus derechos laborales; garantizarles condiciones para desarrollar sus labores en un ambiente de seguridad; adoptar medidas eficaces para su protección y la de su familia en caso de amenazas"*.

- Todo testigo debe ser protegido más aún si se trata de presuntos delitos graves como los que se investiga que involucran a altos funcionarios públicos y ante una denuncia de temor efectuada por la propia declarante.

[23] Véase en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf

DR. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA PALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

UNDÉCIMO: Sobre los otros cuestionamientos que sustentaron la solicitud de tutela de derechos, debemos tener en cuenta lo siguiente:

11.1.- El abogado defensor refiere que los audios extraídos de los equipos digitales de la agraviada carecen de fiabilidad. El representante del Ministerio Público procedió conforme a sus atribuciones al extraer y asegurar las grabaciones que estaban en poder de la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal, tal como se aprecia en las actas de los folios 248 y 255 de la carpeta fiscal, las mismas que también obran en el cuaderno de evidencias que corre con la carpeta principal. Sobre dichas grabaciones, se realizarán las pericias y diligencias pertinentes, que disponga el representante del Ministerio Público, tal como se procedió en la disposición fiscal N.° 05, de 9 de enero de 2020, obrante en el folio 259 de la carpeta fiscal, reprogramadas por providencia N.° 15, de 11 de febrero de 2020, obrante en el folio 432 de la carpeta fiscal, que programó la diligencia de escucha, transcripción y reconocimiento de voz respecto a los audios extraídos; a cuya diligencia, la defensa técnica, solicitó participar con su peritos de parte tal como se aprecia en el escrito del folio 434. Asimismo, de conformidad con el numeral 4 del artículo 337 del Código Procesal Penal, el imputado puede solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. A través de la tutela de derechos no se puede cuestionar la fiabilidad o no de la información obtenida en una diligencia fiscal (contenida en el soporte tecnológico), ello será resultado de la propia actividad investigativa en la cual interviene la defensa técnica de forma activa.

Dr. HUGO NUÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

11.2.- Respecto al informe técnico sobre tratamiento de muestras digitales, en el ámbito forense suscrito por el Licenciado en Física Pedro José Infante Zapata y el Ingeniero Electrónico Oscar Aníbal Estela Campos, según el cual: *1)* debió ser notificada la parte y el perito de parte, y que no se indicó si se trata de una fuente original o un elemento periférico secundario, *2)* Para Analizar los archivos digitales debe contarse con la fuente original de grabación o una copia espejo con cadena de custodia, *3)* No están lacrados y *4)* fotografiar su totalidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los archivos extraídos se encuentran **debidamente lacrados**, tal como se aprecia claramente en el cuaderno de evidencia; si bien, en la carpeta fiscal, folios 254 y 258 obran copias de los archivos sin lacrar, tal como explicó el representante del Ministerio Público, nos remitimos a las actas de los folio 248 y 255, en los que se dejó expresa constancia que: *"por disposición del Sr. Fiscal, el contenido extraído se grabó en dos discos ópticos tipo CD rotulados "información tablet", uno de los cuales se lacro para la pericia que se disponga y el otro será anexado a la carpeta fiscal en un sobre para fines de investigación"*; y, *"por disposición del Sr. Fiscal, el contenido extraído se grabó en dos discos ópticos tipo CD rotulados "información Samsung", uno de los cuales se lacro para la pericia que se disponga y el otro será anexado a la carpeta fiscal en un sobre para fines de investigación"*. Asimismo, conforme también se aprecia en el cuaderno de evidencias, se procedió con la toma de fotografías y la respectiva cadena de custodia, además se describió el dispositivo del cual se extraía la información y se dejó constancia que se realizó la copia espejo respectiva. Carecen de objeto el pronunciamiento de los peritos de parte respecto a la falta de notificación por cuanto no se trata de abogados o

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

conocedores del derecho, teniendo en cuenta que de conformidad con el numeral 1 del artículo 172 del Código Procesal Penal: *"La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada"*. En el caso concreto, no se acreditó que dichos peritos –a pesar de sus conocimientos sobre informática, física y electrónica que puedan tener- sean calificadas para emitir pronunciamiento sobre el Código Procesal Penal, normas referidas a notificación de las partes o en las atribuciones del representante del Ministerio Público como director de la investigación, en todo caso su pronunciamiento debió circunscribirse en sus conocimientos. Debe resaltarse que, en las diligencias realizadas por la Fiscalía participó el perito en análisis digital forense, ingeniero en informática y sistemas William Rubén Gutiérrez Salvador y los resultados u opiniones diferentes que pudiesen tener serán objeto del debate contradictorio en la etapa pertinente.

11.3.- Sobre la cadena de custodia. Contrario a lo afirmado por la defensa técnica, se aprecia claramente en el cuaderno de evidencias que se ***cumplió con el protocolo para elaborar la cadena de custodia una vez extraídos los archivos***. Hay que tener en cuenta que, la cadena de custodia no se materializa desde el momento que la testigo grabó la comunicación –cuestiona que dicha grabación pudo ser alterada por la testigo, lo cual puede ser demostrable o materia de actos de investigación que bien puede solicitar la defensa- sino desde el momento en que se recoge la evidencia –momento de la extracción de los archivos por parte de la Fiscalía-. Según el Acuerdo Plenario N.° 6-2012/CJ-116, fundamento jurídico 10, lo que se busca es garantizar la

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

autenticidad del cuerpo del delito: *"Ha de garantizarse que desde que se recoge el cuerpo del delito hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del órgano jurisdiccional"*. Asimismo, existen cinco formas de acreditar la autenticidad: *"Auto autenticación, marcación, testimonio, pericia y cadena de custodia"*. Es decir, no solo se puede acreditar la autenticidad de las grabaciones a través de la cadena de custodia porque existen otras formas ya citadas, más aún si *"la cadena de custodia no protege la cantidad ni la calidad de la prueba material sino la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate"*. De otro lado, a pesar que existiera ausencia o ruptura de cadena de custodia -no es el caso- no es un problema de legitimidad de la prueba determinante de su inutilización –sanción procesal asociada a la prueba prohibida-, porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno; además, la vulneración de las reglas de cadena de custodia tampoco da lugar a la exclusión probatoria, tal como quedó establecido en el acuerdo plenario antes citado. Además, la defensa técnica puede solicitar las diligencias que estime pertinentes respecto a los archivos extraídos por el representante del Ministerio Público

11.4.- <u>Sobre la imposibilidad de efectuar peritajes por no tratarse de fuentes originales</u>. La defensa técnica está adelantándose a los hechos, teniendo en cuenta que recién se programará la primera diligencia sobre los audios extraídos el 23 de diciembre de 2019, consistente en la escucha, transcripción y reconocimiento de voz, en la que también participará la defensa técnica con sus peritos de parte –según la providencia 16 de

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

12 de febrero de 2020, obrante en el folio 449 de la carpeta fiscal-, en dicho estado serán los peritos designados por el Ministerio Público como director de la investigación, quienes emitirán informe sobre las conclusiones de su peritaje y de ser el caso la imposibilidad de realizarlo.

11.5.- Las diligencias realizadas por el Fiscal constituirían prueba prohibida. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz. DIAZ CABIALE[24] afirma que también se pueden afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontrarnos en el supuesto de prueba ilegítimamente obtenida, cuando: se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación, a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional. Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, **tienen más bien una connotación de prueba irregular**, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención. En el caso de la circunstancia planteada por la defensa técnica, no se trataría de prueba prohibida porque no se ha vulnerado

[24] Citado por MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, en "Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal", Valencia – España, 2003. Pág. 42.

Dr. HUGO NUÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

rastro del presunto delito.

DUODÉCIMO: De la revisión de los actuados y las alegaciones de las partes en audiencia pública, se concluye que la Fiscalía de la Nación procedió conforme a sus atribuciones y facultades constitucionales, sin que se advierta alguna vulneración a los derechos del indagado Jorge Alfonso Alejandro Del Castillo Gálvez, que habilite la intervención del Juez de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. En las diligencias de extracción y aseguramiento, el representante del Ministerio Público, procedió conforme a sus atribuciones, las normas procesales y la finalidad de las diligencias preliminares, para asegurar urgentemente las grabaciones proporcionadas voluntariamente por la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal y de esta forma poder esclarecer los hechos objeto de investigación. Asimismo, siendo su pretensión la nulidad de las diligencias fiscales [sin que se haya sustentado en alguna de las causales establecidas en el artículo 150 del Código Procesal], presumiendo que se refiere a la causal de "*inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución*", tal como se ha desarrollado a lo largo de la presente resolución, no existe vulneración del *derecho de defensa* porque la norma prevé que ante el apersonamiento espontáneo de un testigo, el Fiscal como director de la investigación debía atender a dicha testigo y recibir la evidencia proporcionada, más aún si acudió denunciando sentirse intimidada, circunstancia que es atendible por la naturaleza de los hechos investigados y la condición del indagado. En este caso, no se puede considerar las diligencias de extracción y aseguramiento como pruebas prohibidas o ilícitas porque no existe vulneración alguna de los derechos del investigado; por tanto,

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República

no se presenta el supuesto de exclusión de material probatorio. Por tales razones, la tutela de derechos solicitada deviene en infundada.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara:

I. **INFUNDADA** la tutela de derechos, solicitada por la defensa técnica de JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ en la investigación preliminar seguida en su contra, en calidad de autor de la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública – Peculado, contra la fe Pública – Falsedad Ideológica y Falsedad Genérica; y, otros delitos que resulten de la investigación, en agravio del Estado;

II. **NOTIFÍQUESE** conforme a Ley.

HN/arcc

Dr. HUGO NÚÑEZ JULCA
JUEZ SUPREMO (p)
Juzgado de Investigación Preparatoria de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Abog. LUISA DELIA FALCÓN VARGAS
Especialista de Causa
Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria
Corte Suprema de Justicia de la República