



Teoría del riesgo

En la mayoría de casos en los que ha resultado aplicable la teoría del riesgo, ha ocurrido cuando uno de los interlocutores fue quien grabó la conversación para exponerla en el proceso, lo cual no significa que este sea el único supuesto, por cuanto no es la única forma en que el sujeto imputado se pueda generar su propio riesgo.

Lima, once de julio de dos mil veintidós

VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho** contra la resolución expedida el catorce de diciembre de dos mil veinte por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró fundada la tutela de derechos planteada por el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido y, en consecuencia, ordenó la exclusión del material probatorio consistente en toda información que haga referencia o se derive de las comunicaciones telefónicas entre el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido y Eduardo Huamani Flores, en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho pasivo específico —artículo 395 del Código Penal—, en agravio del Estado; oídos los alegatos orales de los sujetos procesales y con los actuados que acompaña.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Antecedentes procesales

1.1. En el presente caso, mediante la disposición fiscal del veinticuatro de enero de dos mil veinte, la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho dispuso la apertura de investigación preliminar contra Richard Jurgen Cabrera Bellido por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.



- 1.2.** Luego, ante el pedido de tutela de derechos planteado por el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido, el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho emitió el auto del catorce de diciembre de dos mil veinte, en el que, declarando fundado dicho pedido, ordenó la exclusión del material probatorio consistente en toda información que haga referencia o se derive de las comunicaciones telefónicas entre los investigados Richard Jurgen Cabrera Bellido y Eduardo Huamani Flores.
- 1.3.** El representante de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho, en desacuerdo con la citada decisión judicial, la impugnó mediante recurso de apelación presentado el veintiuno de enero de dos mil veintiuno; no obstante, este fue declarado inadmisibles por extemporáneo mediante la resolución del tres de febrero de dos mil veintiuno. Frente a esto, la citada Fiscalía interpuso recurso de queja ante la Sala Superior de Ayacucho, la cual mediante la resolución del diez de marzo de dos mil veintiuno resolvió declarar fundada la queja bajo el fundamento de que la Fiscalía tuvo competencia recién desde el veintiséis de enero de dos mil veintiuno y las devoluciones de cédulas no fueron atendidas debidamente.
- 1.4.** Por ello, se elevaron los actuados a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En tal sentido, se corrió traslado a las partes y, de conformidad con lo previsto en el artículo 420 del Código Procesal Penal, se calificó el recurso mediante la resolución del siete de abril de dos mil veintidós y seguidamente, mediante decreto del veintiocho de junio de dos mil veintidós, se fijó fecha de vista de causa para el once de julio del mismo año.
- 1.5.** Llevada a cabo la audiencia programada, con la concurrencia del abogado defensor del encausado y del representante del Ministerio Público, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada —en la que se debatieron el contenido del expediente y las alegaciones oralizadas en la vista—, en virtud de lo cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente resolución de apelación.



Segundo. Imputación fiscal

- 2.1. El investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido, en su condición de juez del Juzgado Colegiado Penal de la provincia de Víctor Fajardo en Huancapi (Ayacucho), desde el once de septiembre de dos mil diecinueve y en reemplazo del juez Ricardo Ramos Valderrama, conoció el Expediente número 052-2018, en el que se tramita el proceso penal seguido contra Julio César Pérez Quispe por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de la persona de iniciales Z. P. G.
- 2.2. Conforme se describe en la imputación fiscal, Richard Jurgen Cabrera Bellido, a través del especialista de Juzgado Eduardo Huamani Flores, habría solicitado dinero en la suma de S/ 5,000.00 (cinco mil soles) al procesado Julio César Pérez Quispe a fin de favorecerlo emitiendo una sentencia en la cual lo absolvería de los cargos imputados. Entonces, el trece de diciembre de dos mil diecinueve y el quince de enero de dos mil veinte, el especialista Huamani Flores llamó a Pérez Quispe a fin de que se reunieran “para arreglar su caso” y le indicó lo siguiente: “Está en juego tu libertad, el Juez quiere arreglar tu libertad, está pidiendo S/. 5,000.00 soles y la entrega del dinero tiene que ser personalmente” [sic]. El receptor le contestó que aceptaba el trato, pero que le diera tiempo hasta el viernes. Luego le devolvió la llamada y le dijo que no conseguía el dinero, que las entidades bancarias no le querían dar créditos, así que solo tenía S/ 2,000.00 (dos mil soles). Entonces, Huamani Flores le contestó que lo consultaría con el juez.
- 2.3. El dieciséis de enero de dos mil veinte Huamani Flores llamó a Pérez Quispe nuevamente para informarle que el juez había aceptado el trato y que debía acudir el viernes para conversar. Así, el dieciocho de enero de dos mil veinte Huamani Flores volvió a llamar al acusado y le preguntó dónde estaba y, como este le indicó que no pudo viajar, le brindó un número de cuenta para que hiciera el depósito de dinero. Al mediodía, Huamani Flores se volvió a comunicar para preguntar si ya se había realizado el depósito, pero Pérez Quispe le dijo que sus hermanos no habían podido conseguir el dinero, por lo que quedaron para el veinte de enero de dos mil veinte, fecha en la que se había programado la lectura de sentencia en el citado proceso penal seguido por la comisión del delito de violación sexual.
- 2.4. Llegado el día pactado, se encontraron en el parque del distrito de Huancapi, donde Huamani Flores, en presencia de Pérez Quispe,



llamó al contacto registrado como “Dr. Juez Rchard”, quien sería el juez Cabrera Bellido, y le indicó lo siguiente: “Doc doc, confirmado el muchacho esta acá, confirmado [...] positivo docto, ya está acá, ya docto, ya doctito, ya, ya” [sic]. Luego volvió a llamar al juez y, cuando este le preguntó si ya le había dado el dinero, Huamani Flores le contestó afirmativamente, que ahora le daría. Al colgar la llamada, Pérez Quispe le dio S/ 1,500.00 (mil quinientos soles). Huamani Flores le increpó que habían quedado en dos mil y que debía darle la diferencia porque el juez no le creería que recibió menos. Entonces, este llamó nuevamente al mencionado juez y mantuvieron la siguiente conversación:

—Docto he hecho la contabilidad este, ahorita me ha dado solamente uno y medio, y dice más tarde va girar lo restante, eso es lo que ha dicho doc.

—Completo, complétalo, después te llamo.

—Ya, ya.

—Pero, guárdalo, guárdalo [sic].

Al colgar la llamada, Huamani Flores le exigió a Pérez Quispe que completase la suma de dinero que le faltaba, debido a que ya lo habían absuelto. En tales circunstancias, fue intervenido por la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho y personal policial de la Dirección contra la Corrupción.

Tercero. Fundamentos de la resolución impugnada

- 3.1. La captación del contenido de las comunicaciones no se ha realizado con la aquiescencia de alguno de los interlocutores, menos aún con autorización judicial, sino que se hizo a través de un mecanismo de grabación oculto, valiéndose de equipos de cámara espía y grabación, por parte de Julio César Pérez Quispe, especialmente mediante una grabadora de voz digital con número de inventario “Ministerio Público 2019 AYA-0006022”.
- 3.2. El Ministerio Público, en lugar de controvertir los argumentos del solicitante, optó por retirarse de la audiencia de una manera irrespetuosa con la judicatura, tal como quedó grabado en audio y video.



- 3.3. Ya que la grabación de la conversación se realizó sin ninguna autorización judicial, constituye una violación del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que corresponde excluir todo dato o contenido fáctico que de manera directa o indirecta se derive de las referidas comunicaciones.

Cuarto. Argumentos del recurso de apelación

- 4.1. La Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho formuló recurso de apelación contra la resolución del catorce de diciembre de dos mil veinte, señalando como pretensión que se revoque la resolución apelada.
- 4.2. Al excluirse el material probatorio referido a la comunicación telefónica entre el juez investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido y el servidor Eduardo Huamani Flores se contraviene su derecho a la prueba, el derecho de defensa, la búsqueda de la verdad, la persecución penal, así como las garantías referidas a la ponderación de derechos, las cuales conllevan proceder en contra de la doctrina fijada respecto a las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, con base en la ponderación y la teoría del riesgo. Así, el juez de investigación preparatoria únicamente valoró el derecho al secreto de las comunicaciones sin realizar un juicio de proporcionalidad con otros derechos fundamentales e intereses, tales como el derecho a la búsqueda de la verdad, la gravedad de la injerencia, los intereses de persecución penal y la lucha contra la corrupción de funcionarios, entre otros; y no cualquier afectación al derecho fundamental hace a la prueba ilícita, sino que se requiere que la afectación recaiga sobre el contenido esencial del derecho, como se señaló en los Expedientes números 2868-2004/AA/TC y 0014-2002-AI/TC. Así, cita otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los derechos alegados.
- 4.3. La tutela de derechos exige no solo analizar en forma superficial la afectación del derecho fundamental vulnerado, sino que se debió valorar e identificar la afectación del contenido esencial del derecho.
- 4.4. En el caso concreto, uno de interlocutores, Eduardo Huamani Flores, colocó en riesgo la reserva de la inviolabilidad de la conversación que mantenía con Cabrera Bellido, por cuanto dicho diálogo lo realizó en un lugar público (parque), delante del denunciante Julio César Pérez



Quispe, quien no solo podía escuchar la conversación, sino además grabarla, como sucedió, por lo que en este caso es aplicable la teoría del riesgo reconocida por la Corte Suprema.

- 4.5. Huamani Flores consintió la revelación del secreto de las comunicaciones, pues de forma libre y voluntaria dejó que otra persona (tercera) escuchara la conversación. Es más, mediante dicho actuar pretendía dar fiabilidad al pedido ilícito para lograr el acto corrupto, esto es, para que se le entregase el dinero solicitado, por lo que el contenido de la conversación no estaba vinculado al ámbito de la intimidad de los interlocutores, sino a actos de corrupción. Asimismo, al prestar sus declaraciones, ambos interlocutores reconocieron las llamadas y su contenido.
- 4.6. Se afectó el derecho de prueba del Ministerio Público, por cuanto se le ha impedido ofrecer, admitir, valorar y motivar una prueba que resulta vital para los fines del esclarecimiento de los hechos, pues describe en parte la forma y las circunstancias de la comisión del delito.
- 4.7. Ocurrió una situación de indefensión, en tanto en cuanto la audiencia de tutela de derechos se llevó a cabo sin la participación del representante del Ministerio Público, por lo que no tuvo la oportunidad de argumentar la legitimidad del material probatorio cuestionado.

Quinto. Posición del investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido

- 5.1. El procesado presentó escritos el veinticuatro y el veintinueve de marzo de dos mil veintidós, a fin de absolver el traslado del medio impugnatorio, en que refirió que la resolución del catorce de diciembre de dos mil veinte ya fue declarada consentida, por lo que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Así, explicó que resolución fue notificada al Ministerio Público en su casilla electrónica el veintiséis de diciembre de dos mil veinte, por lo que, comenzando a computarse el plazo desde el segundo día hábil, el plazo para impugnar concluyó el cinco de enero de dos mil veintiuno.
- 5.2. Que, lejos de apelar, el Ministerio Público, el veintiocho de diciembre de dos mil veinte, presentó un oficio al Juzgado, mediante el cual devolvía la cédula de notificación indicando no ser competente para participar en la tutela de derechos, por lo que el Juzgado emitió la resolución del treinta de diciembre de dos mil veinte, que declaró no ha lugar a la devolución de la cédula de notificación, y notificó esta



última el seis de enero de dos mil veintiuno. Entonces, el fiscal devolvió la cédula de notificación nuevamente sin presentar recurso de apelación.

- 5.3.** En su recurso no señaló ninguna causal de error que implique que se revoque la resolución apelada, no fundamentó si se perjudicó el debido proceso ni identificó el contenido esencial de los derechos fundamentales en cuestión.
- 5.4.** A tenor de la forma como se interceptó la comunicación telefónica, ello es ilícito. No se debe aplicar la teoría del riesgo, en tanto en cuanto el denunciante que los grabó no fue uno de los interlocutores de la conversación.

Sexto. Posición del representante del Ministerio Público

- 6.1.** En audiencia pública de apelación, el representante del Ministerio Público indicó que no toda difusión a terceros implica afectación al derecho a la intimidad; que hay ciertas limitaciones debido a la afectación de otros derechos fundamentales, como en el presente caso, en que se afectó el derecho a la prueba, la búsqueda de la verdad y la lucha contra la corrupción.

Séptimo. Análisis jurisdiccional

Consideraciones preliminares. Base normativa

- 7.1.** En el Código Procesal Penal se establecen mecanismos para que el imputado pueda hacer valer sus derechos desde las primeras etapas del proceso:

Artículo 71. Derechos del imputado

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

[...]

4. Cuando el imputado considere 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 para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

- 7.2.** En la citada norma adjetiva se establecen ciertos criterios referidos a la legitimidad y la utilización de la prueba, y sobre el derecho de defensa, cuya vulneración alega el impugnante:

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba (Título Preliminar)

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Artículo IX. Derecho de defensa (Título Preliminar)

1 Toda persona tiene derecho [...] a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria y en las condiciones previstas en la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

[...]

3. el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada con el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

Artículo 159. Utilización de la prueba

1. 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.



- 7.3. Asimismo, respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, la Constitución Política del Perú determina lo siguiente:

Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

- 7.4. En el presente caso se procesa a Richard Jurgen Cabrera Bellido por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho pasivo específico, en agravio del Estado, previsto en el Código Penal como sigue:

Artículo 395. Cohecho pasivo específico¹

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

¹ En la forma del tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos, con la modificación de la Ley número 28355, del seis de octubre de dos mil cuatro.



Análisis del caso concreto

- 7.5. El recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y suspensivo que procede frente a sentencias y autos equivalentes, así como otras resoluciones interlocutorias, cuya finalidad consiste, por un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida y, por otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o garantías procesales invocadas².
- 7.6. En el presente caso se planteó recurso de apelación contra el auto del catorce de diciembre de dos mil veinte, emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró fundada la solicitud de tutela de derechos planteada por el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido, lo que será materia de análisis por esta instancia suprema.
- 7.7. Respecto a la figura de la tutela de derechos, cabe precisar que la Convención Americana de Derechos Fundamentales, en su artículo 25, establece lo siguiente:
- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
- 7.8. En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, con la vigencia del Código Procesal Penal, se ha creado la figura de la tutela de derechos, regulada en el artículo 71.4 de la norma adjetiva citada, la cual se constituye en una herramienta jurídica para los imputados que puede ser utilizada frente a requerimientos ilegales, la imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o cualquier actuación procesal que signifique una vulneración de sus derechos y, con ello, el incumplimiento de las disposiciones normativas que los reconocen —específicamente las fijadas en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal—.

² SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones* (1.^a edición). Lima: INPECCP, p. 673.



Así, se establece que los imputados podrán acudir a tal herramienta incluso desde las etapas primigenias del proceso penal, esto es, las diligencias preliminares.

- 7.9.** Ahora bien, en el presente recurso de apelación, se trata de la solicitud de una tutela de derechos presentada por el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido que fue declarada fundada y, en consecuencia, se ordenó la exclusión de todo material probatorio que contenga información referente o se derive de las comunicaciones telefónicas efectuadas entre el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido y Eduardo Huamani Flores, en el proceso penal en etapa de diligencias preliminares que se sigue en su contra por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado. Entonces, a fin de resolver, deberá verificarse si efectivamente se ha vulnerado un derecho tutelable vía la solicitud de una tutela de derechos —considerando el carácter subsidiario de esta herramienta— y si la resolución cuestionada ha fundamentado motivadamente tal vulneración y ha sido emitida en el marco del respeto a las garantías que rigen el proceso penal.
- 7.10.** Como es de apreciarse de los actuados, según el razonamiento del auto recurrido por el representante del Ministerio Público, se considera que se habría incurrido en violación del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones al tenerse como válido un medio probatorio consistente en la grabación de la conversación entre los imputados Richard Jurgen Cabrera Bellido y Eduardo Huamani Flores, que fue registrada sin mediar autorización judicial ni con la aquiescencia de alguno de los interlocutores, sino que se realizó mediante un mecanismo de grabación oculta, utilizando equipos de cámara espía. Entonces, al considerar el *a quo* que el medio cuestionado habría sido obtenido por medio de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, debe ser excluido.
- 7.11.** Al respecto, en doctrina se establece que la prueba ilícita es aquella que se obtiene o que se actúa o ejecuta **(i)** con inobservancia, directa o indirecta, del contenido esencial de los derechos fundamentales; **(ii)** con infracción de otros preceptos constitucionales, o **(iii)** con vulneración grave de preceptos ordinarios de garantía sobre la prueba, siempre y cuando se afecten indebidamente las garantías del debido



proceso y la igualdad de armas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad³. Así pues, se señala que es aquella prueba “en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable”⁴.

7.12. Ahora bien, en la aplicación de la prueba ilícita se contemplan excepciones tales como la que desarrolla la teoría del riesgo, la que “se justifica en el riesgo de la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este”⁵. Este criterio fue adoptado por la Corte Suprema en el Expediente número 21-2001, caso de los miembros del Tribunal, en que señaló que “la supuesta vulneración de sus derechos provino más bien de su actuación ilícita, que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres”⁶. Entonces, la interpretación justificativa que halla esta excepción a la prueba prohibida o ilícita es el propio riesgo que voluntariamente asume quien es grabado al confesar un hecho ilícito o realizar la conducta ilícita frente a otra persona.

7.13. Ahora, en la mayoría de casos en los que ha resultado aplicable la teoría del riesgo, ello ha ocurrido cuando uno de los interlocutores fue quien grabó la conversación para exponerla en el proceso, lo cual no significa que este sea el único supuesto, por cuanto no es la única forma en que el sujeto imputado se pueda generar su propio riesgo. Así, en el supuesto del presente caso, el imputado Eduardo Huamani Flores —especialista de Juzgado— se comunicó por llamada telefónica con el imputado Richard Jurgen Cabrera Bellido —juez titular— en presencia de Julio César Pérez Quispe —acusado en el proceso penal a cargo del citado juez—, y llevaron a cabo una conversación que en su contenido denotaría indicios de su participación en el delito de cohecho pasivo específico, por cuanto hablaron del dinero ilícito pactado y del cobro que se encontraba realizando Huamani Flores al acusado Pérez Quispe.

³ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA. Casación número 319-2019/Apurímac, del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, fundamento 5.

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Tribunal Constitucional del quince de septiembre de dos mil tres, Expediente número 2053-2003/HC-TC, caso Edmi Lastra Quiñones.

⁵ NEYRA FLORES, José Antonio. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Editorial Moreno, p. 682

⁶ SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA. Resolución del tres de julio de dos mil tres, Expediente número 21-2001, fundamento octavo.



7.14. Cabe precisar que ambos interlocutores tenían conocimiento de que su conversación estaba siendo escuchada por Julio César Pérez Quispe, en tanto en cuanto la llamada se encontraba en altavoz. Es más, según la imputación fiscal, esta era la forma de asegurarse de que Pérez Quispe estuviera convencido de que el ofrecimiento del juez de absolverlo a cambio de dinero era real, y así le podrían exigir el pago ilícito pactado. Por lo tanto, en este caso, ambos imputados voluntariamente expusieron su conversación a un tercero, por lo que deben asumir el propio riesgo causado. En concordancia con este criterio, se han pronunciado en los Tribunales españoles. Así, se tiene la STC número 218/2007, en la que se señala que “la acción de percibir personalmente el contenido de una conversación que los investigados mantienen en lugar próximo del agente policial, no infringe la garantía constitucional”⁷. El razonamiento lógico es que uno de los interlocutores ha dado permiso a un tercero para oír las comunicaciones recibidas, por lo que no se afectaría el derecho al secreto de las comunicaciones.

7.15. Asimismo, de la narración de los hechos se tiene que la conversación telefónica se llevó a cabo en un parque público, donde Huamani Flores citó a Pérez Quispe, por lo que en modo alguno se puede deducir que se haya invadido la privacidad de los imputados y mucho menos su derecho al secreto de las comunicaciones. En este mismo sentido se ha resuelto en la STC número 591/2002, en la que:

Se analiza un supuesto en el que la guardia civil percibió sensorialmente unas conversaciones sin que para su realización hubiera realizado ninguna operación que lo permitiese. La audición de las conversaciones que se mantenían a través de radioteléfonos que se encontraban que se encontraban en disposición de ser escuchados por cualquier persona que se encontrara en las inmediaciones no supone lesión a algún derecho⁸.

7.16. Si bien en toda colisión de derechos fundamentales cabe una ponderación basada en el test de proporcionalidad, en el presente caso el derecho al secreto de las comunicaciones versus el derecho a probar, el derecho de defensa, la búsqueda de la verdad y el derecho de persecución penal del Ministerio Público, es irrelevante la

⁷ RIVES SEVA, Antonio Pablo (Director). (2021). *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (tomo II, 7.^a edición). Pamplona: Editorial Aranzadi, p. 744.

⁸ *Ibidem*.



ponderación ante la evidente exposición del derecho al secreto de las comunicaciones por el propio titular, lo que implicó un riesgo voluntario asumido por los interlocutores.

- 7.17. Por lo tanto, en este caso debe aplicarse la teoría del riesgo, pues evidentemente no se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del procesado solicitante, por lo cual debía haberse desestimado su solicitud de tutela de derechos por carecer de fundamento. En consecuencia, de los fundamentos del auto recurrido se advierte un razonamiento superficial que no ha tomado en cuenta todas las circunstancias que concurren en el presente caso, entre ellas, que la conversación se haya llevado a cabo en un parque público, en altavoz y con la intención de que el acusado Pérez Quispe la escuchara, por lo que este auto debe ser revocado.
- 7.18. Finalmente, respecto a los argumentos manifestados por el imputado Richard Jurgen Cabrera Bellido en cuanto a que la apelación se habría presentado fuera del plazo legal y por ende no cumpliría con los requisitos de procedibilidad, cabe precisar que en este caso el recurso de apelación fue declarado admisible mediante la resolución del diez de marzo de dos mil veintiuno, en que la Sala Superior de Ayacucho, resolviendo el recurso de queja interpuesto por el fiscal, lo declaró fundado y ordenó la continuación de su trámite. Esto dentro del marco de las atribuciones de la citada Sala Superior, antes de la vigencia de la Resolución Administrativa número 378-2021-CE-PJ, del dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno, por lo que este recurso fue debidamente admitido, y se rechazan tajantemente las cuestiones respecto a su procedibilidad en esta instancia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ayacucho**; en consecuencia, **REVOCARON** la resolución del catorce de diciembre de dos mil veinte, expedida por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria



de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, y **REFORMÁNDOLA** declararon infundada la tutela de derechos planteada por el investigado Richard Jurgen Cabrera Bellido en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho pasivo específico —artículo 395 del Código Penal—, en agravio del Estado.

- II. DISPUSIERON** que la presente resolución se notifique a todas las partes apersonadas en esta sede suprema y que, acto seguido, se publique en la página web del Poder Judicial.
- III. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para que proceda conforme a ley.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/ylac