



Prueba prohibida, estrategia fiscal de investigación y tutela de derechos infundada

I. Para que una prueba sea excluida del acervo de investigación por medio de la tutela de derechos se requiere que se afecte un derecho fundamental o una garantía procesal, vale decir, que se trate de una prueba prohibida y no solo irregular; este instituto procesal de interdicción no procede para excluir del proceso elementos de investigación con vocación probatoria que vulnere reglas de actuación.

II. El recurrente exige que el juez de garantías emita una serie de disposiciones de intromisión a la estrategia fiscal; aun cuando las denomina actos de corrección, tales peticiones son inconstitucionales, porque, por mandato de la propia Constitución Política del Perú (artículo 159), al juez no le corresponde disponer el modo en que el Ministerio Público debe cumplir su rol persecutor de los ilícitos; en otras palabras, al juez no le compete imponer una estrategia de investigación y mucho menos ordenar que algún acto fiscal se realice de una forma u otra, porque la dirección de la investigación es exclusiva del Ministerio Público, quien incurriría en responsabilidad de hacerlo arbitrariamente.

III. Conforme lo expuesto no se observa vulneración de las garantías constitucionales mencionadas, que son esenciales y rigen el procedimiento desplegado para la incorporación y diligencias de los audios, especialmente la garantía de la defensa procesal. En consecuencia, el recurso promovido por el procesado debe rechazarse y confirmarse la resolución de primera instancia.

AUTO DE APELACIÓN

Sala Penal Permanente

Apelación n.º 240-2022/Apurímac

Lima, veinticuatro de abril de dos mil veintitrés

AUTOS y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado JORGE CAMARGO DURÁN contra el auto de primera instancia del nueve de mayo de dos mil veintidós (foja 147), emitido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Superior de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que declaró *infundada* la solicitud de tutela de



derechos interpuesta por la defensa del referido investigado, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera instancia

Primero. La defensa técnica del investigado JORGE CAMARGO DURÁN, mediante el escrito del nueve de marzo de dos mil veintidós (foja 4), formuló tutela de derecho, en el proceso penal que se le sigue en su condición de fiscal, por la presunta comisión del delito de *cohecho pasivo específico*, en agravio del Estado peruano.

Segundo. Acto seguido, mediante decreto del tres de marzo de dos mil veintidós (foja 129), se programó la audiencia especial de tutela de derechos para el ocho de abril de dos mil veintidós.

Tercero. Realizada la audiencia en el plazo previsto por ley, conforme se desprende del acta respectiva (foja 131), se dictó el auto cuestionado, del nueve de mayo de dos mil veintidós (foja 147), que declaró infundada la solicitud de tutela presentada por el investigado JORGE CAMARGO DURÁN, con el sustento de que la primera transcripción de audios, ejecutada por la analista de audio y video Marisol Marilia Pacori Pérez, se realizó con base en lo remitido virtualmente al correo electrónico institucional de la Fiscalía requirente, y la segunda transcripción, realizada por el fiscal a cargo y el asistente, sobre la base de la información contenida en el USB presentado posteriormente, con la indicación de que sería el dispositivo al cual se trasladó la grabación efectuada a través del celular del extinto



William Alan Sucapuca Condori (sobrino de la denunciante) el mismo día que se encontraron con el investigado en la ciudad de Cusco. Así, se trata de la misma conversación grabada, pero presentada en diferentes medios, lo cual no incide en el fondo y, de existir variaciones, corresponde a las partes cuestionarlas, “no existiendo a propósito formalmente ninguna exigencia normativa expresa”; la segunda grabación se realizó con la fe del asistente fiscal. No se apreció vulneración de algún derecho fundamental.

Por otro lado, con relación a la petición referida a que se presente el aparato con el que se grabaron los audios, la fuente matriz, al haber sido una opción de la exigencia fiscal dispuesta en la Disposición n.º 03-2021-MP, dicho elemento de convicción no podrá ser obtenido por la pérdida del equipo celular que se usó para la grabación y el posterior fallecimiento del dueño; es decir, es materialmente es inviable. Ello evidencia que el cuestionamiento así efectuado está relacionado con la cadena de custodia ante la pérdida del equipo celular en que se grabó el audio; pero los mecanismos técnicos científicos suplen la cadena de custodia. Del mismo modo, el equipo celular y el USB que contiene la grabación cumplirían la misma finalidad, en la medida en que ambos tienen capacidad de resguardar o almacenar la información, de forma que la identidad del archivo magnético contenido en el USB será objeto de verificación por el experto, quien deberá señalar si es grabación continua o no lo es, o cualquier otro aspecto que pueda acreditar o desacreditar su fiabilidad o autenticación. Además, la vulneración de la cadena de custodia no da lugar a la exclusión probatoria ni vulnera derecho constitucional o fundamental alguno.

Cuarto. Contra la referida resolución, el procesado CAMARGO DURÁN interpuso recurso de apelación (foja 152 vuelta) y solicitó que la tutela de



derechos se revoque y se declare fundada, y que se excluyan los actos de investigación mencionados en el pedido de tutela.

Los agravios esgrimidos fueron los siguientes:

- 4.1. Se afecta su derecho de defensa, en cuanto se limita el derecho a probar y el derecho a la prueba; del mismo modo, el derecho a la debida motivación (motivación aparente).
- 4.2. No se analiza la forma en que la parte “denunciada [sic]” (lo correcto es la parte “denunciante”) cumplió con adjuntar los audios, pues suplió lo dispuesto y requerido por el Ministerio Público.
- 4.3. Resulta arbitrario señalar que no existe o no está regulado en normativa expresa cuestionar la prueba ofrecida, lo cual, además, afecta el derecho de defensa.
- 4.4. El *ad quem* interpreta que el pedido se centraría en que la cadena de custodia estaría afectada ante la pérdida del equipo celular en el que se grabó el audio, y que los mecanismos técnicos científicos de comprobación la suplen, que el USB presentado convalidaría lo requerido por la Fiscalía, pues tanto el celular extraviado como el USB cumplirían la misma finalidad, pero el juez no puede llegar a ese tipo de conclusión; primero, porque no se trata de un experto en la materia y, segundo, porque esa conclusión solo produce afectación al derecho a la debida motivación, pues pretende cubrir un defecto insubsanable. La defensa puso en conocimiento y adjuntó un informe emitido por un ingeniero, el cual indica que el equipo celular y el USB no vienen a ser lo mismo.
- 4.5. Por otro lado, en el Acuerdo Plenario n.º 06-2012 se establece que con la ruptura de la cadena de custodia se pierde la garantía entre lo incautado y lo entregado al fiscal.



4.6. Finalmente, se señala que no se cumplió con señalar si se pretende excluir una prueba prohibida originaria o derivada, y qué o cuál prueba prohibida derivada es la que se produciría o se produjo durante la investigación; sin embargo, el recurrente señaló que los audios produjeron las demás diligencias, actos que resultan evidentes y claros, lo cual no constituye de por sí un argumento para declarar infundado el pedido de tutela de derechos. La motivación es aparente e insuficiente.

La impugnación fue concedida por auto del quince de julio de dos mil veintidós (foja 159 vuelta). Se dispuso elevar los actuados a esta instancia suprema.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Quinto. De conformidad con el artículo 420, inciso 1, del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 455 del citado cuerpo normativo, se dictó el decreto del seis de diciembre de dos mil veintidós (foja 161), que corrió traslado del recurso a las partes y luego, mediante decreto del treinta de enero de dos mil veintitrés (foja 166), se fijó fecha de calificación del recurso de apelación.

Sexto. Seguidamente, se emitió la ejecutoria respectiva, del veintiuno de febrero de dos mil veintitrés que declaró bien concedido el recurso de apelación promovido (foja 168).

Séptimo. Posteriormente, por decreto del veintiocho de marzo de dos mil veintitrés (foja 173), se fijó como fecha de audiencia el veinticuatro de abril del presente año; realizada la audiencia, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación y por



unanimidad, corresponde dictar la presente resolución de vista en los términos que a continuación se consignan.

§ III. De los fundamentos de la Sala Suprema

Octavo. El recurrente plantea recurso de apelación contra la resolución cuestionada (que declaró infundado su pedido de tutela de derechos), bajo el argumento de que existe afectación del derecho de defensa, con relación a su derecho a probar, y el de motivación, por cuanto no se presentó el dispositivo de grabación de audios, pese a ser requerido por la Fiscalía, y que, en cambio, la parte denunciante presentó un USB que contiene esos audios; dado que este último no es la fuente matriz, se afectan también las diligencias promovidas y las subsiguientes providencias y diligencias realizadas; así, los referidos audios deben excluirse de la carpeta fiscal y anularse, para después renovarse las diligencias necesarias, luego de recibir el aparato en que fueron grabados.

Noveno. Inicialmente, los audios incriminatorios fueron enviados al correo electrónico de la Fiscalía; así, mediante Disposición n.º 03-2021 — fundamento 6—, del veintiocho de septiembre de dos mil veintiuno (foja 32), se requirió a la parte denunciante lo siguiente:

[Que] presente el dispositivo o aparato mediante el cual se realizaron la grabación de los audios presentados mediante correo electrónico en fecha 09 de agosto de 2021, en su defecto deberá presentar el dispositivo en el que se realizó la primera copia de la grabación de dichos audios o presentar el dispositivo en el que se encuentran la grabación de los audios antes señalados [sic].

Igualmente, en el apartado tercero de la parte decisoria de la referida disposición, se requirió a la denunciante que presente “el dispositivo o aparato que contiene la grabación de los audios presentados mediante correo electrónico en fecha 09 de agosto de 2021 [sic]”.



Décimo. De este modo, ante lo ordenado por la Fiscalía, la denunciante, remitió los audios en un dispositivo de USB marca HP, de forma que la Fiscalía programó las siguientes diligencias: escucha de audio, reconocimiento de voz y transcripción de los referidos audios, debidamente notificadas al apelante, por lo que el propio investigado presentó sendas oposiciones que fueron desestimadas por la Fiscalía; luego de lo cual se celebró la diligencia señalada, conforme corre del acta del veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno (foja 114) en que la defensa de procesado, luego que se desestimara nuevamente un pedido de oposición, señaló que presentó un pedido de tutela de derechos ante el juzgado por cuanto la parte denunciante no había presentado el medio por el cual se grabaron los audios y solo se presentó un USB, cuando las grabaciones se hicieron con un celular y, pese al requerimiento fiscal, no cumplió con presentarlo; acto seguido, decidió retirarse de la diligencia; el fiscal aclaró que existía el apercibimiento de continuar con las partes presentes y que evaluaría dicha conducta procesal, pese a lo cual, la defensa del procesado procedió a abandonar la plataforma virtual.

Después, se procedió a deslazar el sobre manila que contenía el USB marca HP, conforme se aprecia de las fotografías incorporadas a la referida acta. Ingresado el dispositivo en el equipo de cómputo, se observaron dos carpetas, cada una de las cuales contenía tres archivos. Se abrió la primera carpeta y se reprodujeron los tres archivos que consisten en tres audios, en cada uno de los cuales, la denunciante reconoció su voz, la de su sobrino (fallecido) y la del procesado JORGE CAMARGO DURÁN. Se dejó constancia de que se oyeron íntegramente los tres audios y de que se procedería a su transcripción y se ordenó reprogramar la diligencia para las observaciones de las partes, así como la notificación al procesado. Igualmente, se dejó



constancia de que la otra carpeta contenía tres archivos que eran los mismos audios que se habían oído.

Undécimo. El procesado sustenta que existe un incumplimiento del mandato fiscal por parte de la denunciante, dado que se dispuso la presentación del aparato con el que se grabaron los audios y que no se hizo, y que el dispositivo presentado (USB), al no tener la calidad de la fuente matriz, deriva en la afectación de su derecho de defensa al haberse promovido diversas diligencias para su incorporación a la investigación. En principio, la disposición fiscal citada previamente, conforme señaló el juzgado, no ordenó únicamente la remisión del aparato o dispositivo con el que se grabaron las conversaciones, sino que dio una serie de posibilidades para la presentación de aquel o del dispositivo que contenga los audios, lo que finalmente ocurrió. Así, es errado que se pretenda recabar únicamente el dispositivo con el que se grabaron los audios, por cuanto la fuente de la información es el USB, el cual, una vez obtenido, se resguardó mediante la cadena de custodia, conforme se desprende del acta mencionada, ya que se puede verificar que para su escucha se procedió a su deslacrado respectivo y, finalizado este, se lo lacró nuevamente.

Duodécimo. La cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, y que sólo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; nótese que no sólo se presentaron audios en los que intervinieron los propios acopiadores de su diálogo (intervinientes) y que el instrumento de acopio del audio, desde la matriz (USB), fue lacrado y deslacrado debidamente; luego, no se vulneró la cadena de custodia o mismidad entre el objeto informático recibido por el Ministerio Público, el cual fue objeto de diligencia fiscal, que garantizó



“la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible”, ya que el USB es el objeto incorporado a la investigación, como lo exige la jurisprudencia suprema¹; pues en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157, inciso 1, del Código Procesal Penal); de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la ley².

Decimotercero. En el caso, el derecho de defensa no fue vulnerado, el investigado fue notificado de los actos de apertura del lacrado (deslacrado), posterior escucha y transcripción del audio, los cuales pudo contradecir; audio que, como se insiste, fue presentado por uno de los intervinientes en el diálogo con el investigado, el cual, además, fue grabado por otro de los participantes de dicha conversación, por lo que no existe tampoco vulneración al derecho a la privacidad; por lo tanto, la prueba no es inconstitucional ni prohibida. En ese sentido, por un lado, para que una prueba sea excluida del acervo de investigación por medio de la tutela de derechos se requiere que se afecte un derecho fundamental o una garantía procesal, vale decir, que se trate de una prueba prohibida y no sólo irregular; este instituto procesal de interdicción no procede para excluir del proceso elementos de investigación con vocación probatoria que vulneren reglas de actuación. De otro lado, en esa línea, la tutela de derechos no protege la estrategia fiscal, sino que protege el derecho a probar y evitar que se genere indefensión; empero, en el caso particular,

¹ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Casación n.º 63-2011/Huaura, doctrina jurisprudencial, del veinticuatro de abril de dos mil doce, fundamento jurídico quinto.

² Fundamento jurídico 14, Acuerdo Plenario n.º 6-2012/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el cuatro de enero de dos mil catorce. Asunto cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura.



el procesado tiene expedito su derecho para cuestionar los audios mediante la pericia respectiva.

Decimocuarto. El recurrente exige que el juez de garantías emita una serie de disposiciones de intromisión a la estrategia fiscal; aun cuando las denomina actos de corrección, tales peticiones son inconstitucionales, porque al juez no le corresponde, por mandato de la propia Constitución Política del Perú (artículo 159), disponer cómo el Ministerio Público debe cumplir su rol persecutor de los ilícitos; en otras palabras, al juez no le compete imponer una estrategia de investigación y mucho menos ordenar que algún acto fiscal se realice de una forma u otra, pues la dirección de la investigación es exclusiva del Ministerio Público, quien incurriría en responsabilidad de hacerlo arbitrariamente. Finalmente, sobre la incontaminación de las grabaciones de la conversación, será la pericia correspondiente, en caso de requerirse, la que arroje luz sobre su manipulación.

Decimoquinto. Conforme lo expuesto, no se advierte la mencionada vulneración de garantías constitucionales, que son esenciales y rigen el procedimiento desplegado para la incorporación y diligencias de los audios, especialmente la garantía de la defensa procesal. En consecuencia, el recurso promovido por el procesado debe rechazarse y confirmarse la resolución de primera instancia.

DECISIÓN

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



- I. **DECLARARON INFUNDADO** en parte el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado JORGE CAMARGO DURÁN.
- II. **CONFIRMARON** el auto de primera instancia, del nueve de mayo de dos mil veintidós (foja 147), emitido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Superior de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que declaró *infundada* la solicitud de tutela de derechos interpuesta por la defensa del investigado Jorge Camargo Durán, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado; y **ORDENARON** proseguir el trámite de la causa.
- III. **DISPUSIERON** que la presente resolución se notifique a las partes apersonadas en esta Sede Suprema.
- IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de apelación en esta Sala Penal Suprema. Publíquese en la página *web* del Poder judicial. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

LT/jj