

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N.º 127-2022/SUPREMA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Levantamiento del secreto de las comunicaciones. Presupuestos y requisitos

Sumilla 1. La pericia digital forense 432-2021 concluyó que no era posible determinar la fuente original de la grabación y su temporalidad; que se detectó puntos de tiempo en el que existen anomalías en la señal de ruido de fondo, puntos de discontinuidad en el ruido de fondo, sin que pueda determinarse si son producto de edición o manipulación del archivo analizado; que el archivo examinado presenta posibles indicios de no continuidad o interrupciones en su contenido. La pericia fonética-acústica forense determinó que existe una alta probabilidad de que la voz de la muestra indubitada y la de la muestra dubitada correspondan al mismo hablante. 2. Un rasgo distintivo del secreto de las comunicaciones es que no se trata de garantizar los “secretos” derivados de la intimidad personal, sino de la protección de las comunicaciones interpersonales frente al conocimiento, injerencia o interceptación por terceros, sean particulares o Poderes Públicos; las comunicaciones se protegen por su mera existencia, con independencia de su carácter o de que sean relevantes o no, existiendo una presunción *iuris et de iure* acerca de que lo comunicado es “secreto” en su sentido sustancial. Se protege, pues, el propio proceso comunicativo intersubjetivo, de suerte que la comunicación es formalmente secreta frente a terceros. 3. Se está ante una medida instrumental restrictiva de derechos fundamentales, de carácter excepcional (no es un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, de suerte que su uso debe efectuarse con carácter limitado) y con respeto del principio de proporcionalidad. Esta medida apunta a los fines de esclarecimiento del proceso penal para lo cual debe levantarse una determinada protección constitucional, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (ex artículo 10 de la Constitución), que tutela la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado. Con tal finalidad han de cumplirse dos presupuestos: (1) *fumus comissi delicti*: suficientes elementos investigativos que sostengan la fundabilidad de los cargos iniciales; y, (2) respeto del principio de proporcionalidad (de sus presupuestos y de sus requisitos). Así lo estipula los artículos 202 y 203, apartado 1, del Código Procesal Penal. 4. El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas no pertenece al investigado: ninguno de los teléfonos en los que se remitió la información le corresponde. Esos teléfonos son de quienes difundieron el audio que dio origen a las diligencias preliminares. Los que utilizaban ambos teléfonos desde luego no recibieron o tramitaron por cuenta del investigado la comunicación difundida o que éste utiliza la comunicación de aquéllos. Ello determina, propiamente, la ausencia de idoneidad de la medida, al no incidir contra un investigado ni contra persona que, de una u otra forma, apoye el uso de un teléfono al investigado –hasta el momento, no es adecuada a los fines de la investigación–. Asimismo, desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al afectar propiamente un derecho fundamental a quien no está investigado y no existen cargos contra él: los que utilizaron los dos teléfonos antes señalados.

–AUTO DE APELACIÓN–

Lima, veinticinco de julio de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de apelación interpuesto por la señora FISCAL SUPREMA PROVISIONAL EN LO PENAL contra el auto de fojas ciento veinte, de trece de junio de dos mil veintidós, que declaró infundado el requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los números telefónicos 960221645 y 946156733; con todo lo demás que contiene. En las diligencias preliminares seguidas contra Darío Octavio Palacios Dextre por delito de tráfico de influencias simulado con agravantes en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. *DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA DE LA FISCALÍA*

PRIMERO. Que la señora FISCAL SUPREMA PROVISIONAL EN LO PENAL en su escrito de recurso de apelación de fojas ciento treinta y ocho, de veintiuno de junio de dos mil veintidós, requirió la revocatoria del auto de primera instancia y que se declare fundado el requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones. Argumentó que se realizó una deficiente motivación respecto del principio de proporcionalidad de la medida; que el Juzgado Supremo de la Investigación preparatoria utilizó argumentos contradictorios, pues señaló que existen suficientes elementos de convicción y, muy a pesar de ello, denegó la medida sin considerar que la afectación a los titulares de las líneas telefónicas era mínima, desde que solo se estaba requiriendo los nombres y número del Documento Nacional de Identidad de los titulares; no se solicitó algo más para argumentar que se estaría afectando al derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones; que la medida requerida resulta razonable al justificarse la intervención estatal en el marco de unas diligencias preliminares complejas.

§ 2. *DEL ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO*

SEGUNDO. Que el Ministerio Público atribuye al investigado Palacios Dextre que, en su condición de Juez Superior, Presidente de la Sala Penal Liquidadora Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, habría solicitado dinero a una persona para postularse como representante de los Jueces Superiores ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) y haber usado su cargo para beneficio personal, para ser elegido Consejero en dicho órgano de gobierno del Poder Judicial, accediendo al poder por intermedio de un favor, influencia y/o beneficio indebido, sin considerar los altos deberes institucionales que emanan de su cargo en favor del Estado y de la ciudadanía.

TERCERO. Que el señor Fiscal Adjunto Supremo de la Segunda Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos por requerimiento de fojas dos, de veintisiete de mayo de dos mil veintidós, subsanado por escrito de fojas ciento ocho, de siete de junio de dos mil veintidós, solicitó se dicte orden judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, se disponga que las empresas Telefónica del Perú – Movistar, América Móvil – Claro, Nextel –ahora Entel– y Bitel Perú informen la titularidad de los números 960221645 y 9461567333, el Documento Nacional de Identidad de sus titulares, así como la dirección domiciliaria, el correo electrónico, etcétera. Además, pidió se informe si los números de teléfono han cambiado de titularidad a través del tiempo hasta el presente año. Esta medida perseguía descubrir a sus titulares y recoger sus testimoniales.

CUARTO. Que, previo los trámites correspondientes, el Juzgado de Supremo de la Investigación Preparatoria por auto de fojas ciento veinte, de trece de junio de dos mil veintidós, declaró infundado el requerimiento de levantamiento del secreto de comunicaciones. Consideró que la medida apunta a quienes realizaron la denuncia (sin consignar información personal), vía wasap, en el que solamente se verifica los números de celular; que la Fiscalía solicitó se requiera la identificación de sus titulares para corroborar la denuncia y recibir sus testimoniales; que tal finalidad no guarda relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, esto es, la persecución eficaz del delito; que la medida no es pertinente porque permite verificar la identidad de personas que hicieron llegar la noticia criminal a la Oficina de Control de la Magistratura y posteriormente a la Fiscalía señalando al encausado como autor de los hechos expuestos; que no se trata de personas que se encuentren vinculados directamente al hecho delictivo, así como tampoco son coimputados.

QUINTO. Que contra el auto de primera instancia el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento treinta y ocho, de veintiuno de junio de dos mil veintidós, que se concedió por auto de fojas doscientos ochenta y ocho, de veintitrés de abril de dos mil veintidós.

§ 3. DEL TRÁMITE EN LA CORTE SUPREMA

SEXTO. Que elevado el expediente a este Tribunal Supremo y declarado bien concedido el recurso de apelación por Ejecutoria de fojas doscientos veinte, de veintisiete de septiembre de dos mil veintidós, mediante decreto de fojas doscientos sesenta y dos, de veintidós de junio de dos mil veintitrés, se señaló el día de la fecha para la audiencia de apelación.

∞ La audiencia de apelación se celebró con la intervención del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Jaime Alcides Velarde Rodríguez, y de la defensa del investigado Palacios Dextre, doctor Aníbal Quiroga León.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde dictar el auto de vista supremo pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura impugnatoria en apelación estriba en determinar si el auto denegatorio de primera instancia incorporó argumentos contradictorios y si realizó un correcto juicio de proporcionalidad, respecto de la medida instrumental restrictiva de derechos de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

SEGUNDO. Que las diligencias preliminares se iniciaron a raíz del ingreso al celular, vía wasap, de una magistrada de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la OCMA, el veintiséis de noviembre de dos mil veinte, en horas de la mañana, informaciones de fuente no identificada, a través de los teléfonos 960 221 645 y 946 156 733, que denunciaban al juez superior de Lima Este, investigado Palacios Dextre, y además contenían un audio, presuntamente de ese magistrado, en el que, en lo penalmente relevante, pedía dinero a su interlocutor para sufragar su campaña al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y luego pagarle con favores políticos. Esta información también le llegó al abogado Nelson Ramírez, quien la reprodujo en su cuenta de Facebook. Esta información de la conversación fue la que en sede disciplinaria se visualizó y transcribió. La pericia digital forense 432-2021 concluyó que no era posible determinar la fuente original de la grabación y su temporalidad; que se detectó puntos de tiempo en el que existen anomalías en la señal de ruido de fondo, puntos de discontinuidad en el ruido de fondo, sin que pueda determinarse si son producto de edición o manipulación del archivo analizado; que el archivo examinado presenta posibles indicios de no continuidad o interrupciones en su contenido. La pericia fonética-acústica forense determinó que existe una alta probabilidad de que la voz de la muestra indubitada y la de la muestra dubitada correspondan al mismo hablante.

∞ Ante la detección de los teléfonos y el resultado de las dos pericias, la Fiscalía solicitó el levantamiento del secreto de las comunicaciones de dichos teléfonos para saber la autoría de sus autores y lograr su testimonial.

∞ Empero, el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria denegó esta medida instrumental restrictiva de derechos porque si bien existen suficientes elementos de convicción –según el tenor de la pericia fonética-acústica forense–, la medida pedida no sería proporcional desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto desde que (i) no guarda relación razonable con el fin que se pretende alcanzar (persecución eficaz del delito) y (ii) no es pertinente al permitir verificar la identificación de las personas que hicieron llegar la noticia criminal a la OCMA, quienes no son personas vinculadas directamente al delito ni tampoco son coimputados.

TERCERO. Que, ahora bien, es de destacar que se está ante una medida instrumental restrictiva de derechos fundamentales, de carácter excepcional (no es un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, de suerte que su uso debe efectuarse con carácter limitado: STSE 841/2014, de 9 de diciembre) y con respeto del principio de proporcionalidad. Esta medida apunta a los fines de esclarecimiento del proceso penal (proceso de conocimiento) para lo cual debe levantarse una determinada protección constitucional, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (ex artículo 10 de la Constitución), que tutela la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado [STCE 123/2992, de 20 de mayo]. Con tal finalidad han de cumplirse dos presupuestos: (1) *fumus comissi delicti*: suficientes elementos

investigativos que sostengan la fundabilidad de los cargos iniciales; y, (2) respeto del principio de proporcionalidad (de sus presupuestos y de sus requisitos). Así lo estipula los artículos 202 y 203, apartado 1, del Código Procesal Penal.

∞ Un rasgo distintivo de este derecho fundamental es que no se trata de garantizar los “secretos” derivados de la intimidad personal, sino de la protección de las comunicaciones interpersonales frente al conocimiento, injerencia o interceptación por terceros, sean particulares o Poderes Públicos; las comunicaciones se protegen por su mera existencia, con independencia de su carácter o de que sean relevantes o no, existiendo una presunción *iuris et de iure* acerca de que lo comunicado es “secreto” en su sentido sustancial [STCE 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamentos Jurídicos 4 y 7]. Se protege, pues, el propio proceso comunicativo intersubjetivo, de suerte que la comunicación es formalmente secreta frente a terceros [cfr.: BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO (Coordinador): *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, 9na. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p. 169]

∞ Las notas características específicas de la intervención de las comunicaciones, más allá de la intensidad que una medida pueda adoptar en su intensidad respecto del derecho fundamental afectado, incorporan como exigencias añadidas, en clave de estricta proporcionalidad, (i) que el delito investigado esté sancionado con pena superior a cuatro años de privación de libertad, (ii) que la medida sea absolutamente necesaria –imposible de acudir con eficacia a otro acto de investigación alternativo–, y (iii) que se dirija contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar que reciben o tramitan por cuenta del primero determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza en su comunicación (ex artículo 230, apartados 1 y 2, del CPP).

CUARTO. Que llama la atención que en el *sub lite* el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas no pertenece al investigado Palacios Dextre: ninguno de los teléfonos en los que se remitió la información le corresponde. Esos teléfonos (960 221 645 y 946 156 733) son de quienes difundieron el audio que dio origen a las diligencias preliminares. Los que utilizaban ambos teléfonos desde luego no recibieron o tramitaron por cuenta del investigado Palacios Dextre la comunicación difundida o que éste utilizaba la comunicación de aquéllos. Ello determina, propia e internamente, la ausencia de idoneidad de la medida, al no incidir contra un investigado ni contra persona que, de una u otra forma, apoye el uso de un teléfono al investigado –hasta el momento, no es adecuada a los fines de la investigación–. Asimismo, desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al afectar propiamente un derecho fundamental a quien no está investigado y no existen cargos contra él: los que utilizaron los dos teléfonos antes señalados.

∞ Pero no solo se tiene que la solicitud no supera el test de proporcionalidad. Tampoco tiene base investigativa suficiente. A estos efectos el principio de intervención indiciaria exige indicios racionales de criminalidad sobre la persona a la que va a afectar la medida, aunque algo menos que aquellos exigidos para la inculpación formal o procesamiento, pero que en todo caso revelen que en

quienes ha de producirse la injerencia en sus derechos fundamentales son intervinientes en la ejecución de un delito grave [STSE 157/2010, de 5 de febrero]. En efecto, no se trata que la voz del investigado sería la del audio examinado, sino que lo relevante es que esos audios, de procedencia anónima, según la pericia oficial, presentan graves inconsistencias. En efecto, hasta el momento no ha sido posible determinar la fuente original de la grabación y su temporalidad, contienen puntos de tiempo en el que existen anomalías en la señal de ruido de fondo, puntos de discontinuidad en el ruido de fondo, sin que pueda determinarse si son producto de edición o manipulación, y el archivo presenta posibles indicios de no continuidad o interrupciones en su contenido. La falta de perseidad probatoria es patente. Además, ni siquiera existe determinada base objetiva para estimar que los que utilizaron los teléfonos grabaron ellos mismos la conversación de modo directo o si se limitaron a reproducirlas y reenviarlas a terceros, entre ellos una jueza de control.

∞ Por otro lado, y como factor principal y anticipado al análisis ya realizado, de lo actuado fluye que muy probablemente esa comunicación telefónica fue realizada por un tercero al proceso comunicativo. La propia reserva de la identidad de quienes la difundieron y el tenor de la misma revela que no podría ser uno de los interlocutores quien difundió a terceros esa conversación, lesiva por lo demás a sus propios intereses. Entonces, constitucionalmente no consta una base clara que se está ante una difusión legítima de esas conversaciones.

QUINTO. Que una medida instrumental restrictiva de derechos requiere que el acto previo sea legítimo desde la perspectiva constitucional y, seguidamente, una base probatoria con cierto nivel de solidez y que parta de bases indiciariamente consolidadas en función a lo que hasta el momento se tiene, más aún si se está ante la imputación, aunque preliminar, de un ilícito penal grave. Sin esta base anterior (legitimidad de la comunicación obtenida), fáctica (intervención indiciaria) y jurídica (proporcionalidad) no es posible avanzar investigaciones afectando derechos individuales. No puede autorizarse una medida instrumental restrictiva de derechos que carezca de los presupuestos y requisitos legalmente habilitados.

∞ Por lo expuesto, y en atención a estos argumentos, debe desestimarse el recurso de la Fiscalía por falta de mérito.

SEXTO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los artículos 497, apartado 1, y 499, apartado 1, del CPP. No cabe su imposición por tratarse de un auto interlocutorio y porque el recurrente es el Ministerio Público.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la señora FISCAL SUPREMA PROVISIONAL EN LO PENAL contra el auto de fojas ciento veinte, de trece de junio de dos mil veintidós, que declaró infundado el requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los números telefónicos 960221645 y 946156733; con todo lo demás que contiene.

En las diligencias preliminares seguidas contra Darío Octavio Palacios Dextre por delito de tráfico de influencias simulado con agravantes en agravio del Estado. En consecuencia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia. **II. ORDENARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, al que se enviarán las actuaciones. **III.** Sin costas. **IV. DISPUSIERON** se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINIERON** los señores Cotrina Miñano y Guerrero López por vacaciones e impedimento de los señores Sequeiros Vargas y Altabás Kajatt, respectivamente. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

GUERRERO LÓPEZ

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON