



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 1-2023
HUANCAVELICA**

La teoría del riesgo

No se habría tratado de una conversación amistosa en un contexto privado de confianza, ya que la declarante afirmó en la audiencia de apelación que previamente se comunicaron por teléfono y se citaron para hablar sobre las causas del despacho fiscal, ya que ella no podía asistir a su centro de labores porque estaba enferma de covid-19. El hecho de que la conversación se haya realizado en el exterior de su domicilio sería algo circunstancial y pudo haber tenido lugar en las mismas instalaciones del Ministerio Público.

El que la conversación grabada esté relacionada con la presunta comisión de un delito de corrupción de funcionarios por parte de la investigada y que los términos de la conversación se limiten a cuestiones propias de la labor de fiscal que ambos realizaban determina que no se habría tratado de una conversación relacionada con la intimidad personal de ninguno de los interlocutores. Esto nos ubica en un contexto en el cual es perfectamente aplicable la teoría del riesgo como excepción a la prueba prohibida.

Lima, tres de octubre de dos mil veintitrés

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por **Cecilia Elvira Murriagui Cárdenas** contra la Resolución n.º 2, emitida el veintiuno de diciembre de dos mil veintidós por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos que interpuso para la exclusión de un medio probatorio ilícito en la investigación que se le sigue por la presunta comisión del delito de cohecho activo específico (y otro), en perjuicio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Imputación fiscal

1.1. Se le imputa a la investigada Cecilia Elvira Murriagui Cárdenas que en su condición de fiscal provincial provisional de la Fiscalía Provincial



Penal Corporativa de Angaraes habría ofrecido al fiscal provincial coordinador Leoncio Apumayta Riveros brindarle apoyo cuando asumiera el cargo de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Huancavelica a cambio de que este emitiera requerimiento de sobreseimiento en la Carpeta Fiscal n.º 482-2019, que contenía la investigación seguida contra Carlos Alfredo Quispe Llactahuamán por la presunta comisión del delito de violación sexual, en agravio de la persona de iniciales J. C. M., hecho calificado por el Ministerio Público como delito de cohecho activo específico, tipificado en el primer párrafo del artículo 398 del Código Penal.

- 1.2. Igualmente, en su condición de fiscal provincial provisional de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Angaraes a cargo de la tramitación de la Carpeta Fiscal n.º 2021-180-0, que contenía la investigación seguida contra Juan Carlos Galán Ñahui por la presunta comisión del delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, en perjuicio de Rosmery Taype Huayhua, habría solicitado al referido investigado, por intermedio del ciudadano identificado como Fermín, un donativo y/o beneficio económico por el monto de S/ 800.00 (ochocientos soles) para desaparecer la denuncia interpuesta por la agraviada contenida en la carpeta antes mencionada, hecho calificado por el Ministerio Público como delito de cohecho pasivo específico, tipificado en el segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal.

Segundo. Antecedentes procesales

- 2.1. El seis de diciembre de dos mil veintidós la investigada Cecilia Elvira Murriagui Cárdenas solicitó ante el juez superior de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, en vía de



- tutela de derecho, que se excluyan de la investigación como medios probatorios las grabaciones realizadas por el fiscal Leoncio Apumayta Riveros por haber sido ilícitamente obtenidas (fojas 2 a 4).
- 2.2. El veintiuno de diciembre de dos mil veintidós se llevó a cabo la audiencia de tutela de derechos, en la cual se emitió la resolución de la misma fecha, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos presentada. En la misma audiencia, la investigada Murriagui Cárdenas interpuso recurso de apelación, que fue concedido por el juez superior (fojas 32 a 38).
 - 2.3. El recurso fue elevado a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que mediante decreto del diez de enero de dos mil veintitrés corrió traslado a las partes procesales por el término de ley (foja 22).
 - 2.4. El veintitrés de mayo de dos mil veintitrés se emitió el auto de calificación que declaró bien concedido el recurso interpuesto (fojas 29 y 30).
 - 2.5. Por decreto del dieciséis de agosto de dos mil veintitrés se señaló fecha de audiencia de apelación para el tres de octubre del año en curso (foja 34).
 - 2.6. La audiencia de apelación se llevó a cabo de manera virtual en la referida fecha, a las nueve de la mañana, con la presencia de la representante del Ministerio Público, Silvia Sack Ramos, y de la investigada Murriagui Cárdenas, quien asumió su propia defensa. Las partes realizaron sus informes orales conforme a lo previsto en el artículo 424 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).
 - 2.7. Deliberada la causa en secreto y votada, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente resolución de apelación.

Tercero. Fundamentos de la resolución impugnada

El Juzgado Superior de Investigación Preparatoria declaró infundada la solicitud de tutela de derechos presentada por la investigada Murriagui



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 1-2023
HUANCAVELICA**

Cárdenas para la exclusión del medio probatorio consistente en las grabaciones realizadas por el fiscal Leoncio Apumayta Riveros sobre una conversación que mantuvo con este el dieciocho de febrero de dos mil veintiuno. Los fundamentos fueron los siguientes:

- 3.1.** Respecto a la legalidad procesal, la grabación se realizó el dieciocho de febrero de dos mil veintiuno y se originó porque el fiscal Apumayta Riveros acudió a la Oficina de Control Interno de la Fiscalía para dar a conocer los términos de la conversación que mantuvo con la fiscal investigada, circunstancia en la cual la Oficina de Control Interno comunicó dicha grabación a la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que levantó la cadena de custodia correspondiente el veinticinco de agosto de dos mil veintiuno.
- 3.2.** Independientemente de la responsabilidad del fiscal, que demoró en informar sobre los hechos presuntamente ilícitos y la existencia de la grabación, pudo verificarse la autenticidad de la grabación en diligencias posteriores, a efectos de determinar si sufrió algún tipo de alteración o adulteración.
- 3.3.** Con relación al derecho de defensa, la grabación se encuentra justificada porque en la conversación que contiene la investigada está realizando una acción indebida que constituye la presunta comisión de un delito y, conforme lo ha establecido la Corte Suprema en la Apelación n.º 33-2021, la prueba ilícita contempla excepciones sustentada en la teoría del riesgo. En este caso, la investigada se habría puesto en ese riesgo, ya que voluntariamente tuvo una conversación con el fiscal, en la que desplegó una conducta presuntamente ilícita. El Tribunal Constitucional también ha señalado que una conversación puede ser grabada y servir como prueba en un proceso judicial cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en grabarla.



- 3.4.** En el presente caso la grabación fue realizada por uno de los intercomunicadores, el fiscal Apumayta Rivera, quien lo hizo en su condición de fiscal coordinador. De la grabación no se advierte ninguna información que pueda afectar gravemente la intimidad de la investigada y la conversación se llevó a cabo en la vía pública.
- 3.5.** El derecho a la intimidad y a la comunicación debe ser ponderado con el derecho al esclarecimiento de los hechos en una investigación penal sobre la presunta comisión de un hecho delictivo.

Cuarto. Argumentos de la impugnación

- 4.1** La recurrente solicita que se revoque la resolución venida en grado y se excluya del acervo probatorio la grabación cuestionada.
- 4.2** Sus fundamentos son los siguientes:
- Se está confundiendo el concepto de develación (mostrar o descubrir algo secreto), que se señala en la ejecutoria suprema. En la conversación en ciernes no se ha develado ningún caso secreto u oculto.
 - En el momento en que ofreció el apoyo a cambio del pedido de exclusión, la Fiscalía Superior ya había ordenado emitir acusación, por lo que no cabía otro pronunciamiento que cumplir lo ordenado; consecuentemente, se trataba de un pedido imposible de incumplir.
 - Un fiscal no tiene patente legal para grabar a otro fiscal, por lo que se dan los presupuestos de una prueba ilícitamente obtenida; además, se inició la cadena de custodia cuando ya se había destituido a la investigada, por lo que se vulneró su derecho a la legitimidad de la prueba y su derecho a la defensa.



Quinto. Fundamentos del Tribunal Supremo

5.1. Las garantías constitucionales limitan el derecho a la libertad probatoria. El artículo VIII, acápite 2, del Título Preliminar del CPP establece que el derecho a postular medios probatorios no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones cuando se obtiene con vulneración de los derechos constitucionales que le asisten al justiciable. Así también se prescribe en el artículo 59 del mismo código, cuando dispone 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”.

5.2. Por otro lado, el Tribunal Constitucional, citando el artículo 11.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha señalado lo siguiente:

Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática. Semejante situación sucede con el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones [STC Expediente n.º 00655-2010-PHC/TC, del veintisiete de octubre de dos mil diez].

5.3. En el presente caso, la recurrente cuestiona el uso de una grabación como fuente de prueba. Indica que es ilícita porque se grabó sin su consentimiento ni la autorización de una autoridad competente; además, en su recolección y preservación se infraccionó la cadena de custodia.

5.4. Es pertinente en este punto relevar lo que al respecto señala el Acuerdo Plenario n.º 6-2012/CJ-116, del siete de marzo de dos mil trece, sobre los “efectos jurídicos de la ruptura de la cadena de custodia”, en su fundamento 15.e):

La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, solo se



presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal.

- 5.5.** Por lo tanto, si al grabar la conversación y exponer lo grabado se vulneraron de manera arbitraria derechos fundamentales de la recurrente, no podría utilizarse como fuente de prueba, aún en el caso de que no se hubiera roto la cadena de custodia, porque constituiría prueba ilícita o prohibida.
- 5.6.** En audiencia la procesada, quien asumió su propia defensa, alegó que al admitirse el CD que contenía la grabación como elemento de convicción se está vulnerando su derecho a la prueba.
- 5.7.** El doctor José Antonio Neyra Flores, en su libro *Tratado de derecho procesal penal*, tomo II, p. 415 (Editorial Idemsa), citando a Rodrigo Cerda San Martín, afirma lo siguiente en relación con la prueba prohibida:

La prueba prohibida constituye un defecto trascendente, disvalórico, que deslegitima o al menos enturbia el método cognoscitivo de búsqueda de la verdad, llamado a juicio y su producto final: la sentencia, de modo que surge como indispensable consecuencia la eliminación de toda aquella información que proviene de la actuación viciosa, sea impidiendo que llegue al momento del juzgamiento, sea rechazando su mérito probatorio o invalidando el juicio y la sentencia.

- 5.8.** Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina existen excepciones a la teoría de la prueba prohibida. Una de estas es la teoría del riesgo, que se justifica en el riesgo de la delación que voluntariamente asume una persona al hacer revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este ante otra persona.
- 5.9.** Este Tribunal Supremo ha emitido pronunciamientos basados en la teoría del riesgo, y la ha aplicado en diferentes supuestos. En la Apelación n.º



33-2021/Ayacucho la aplicó cuando uno de los interlocutores grabó la conversación realizada en un lugar público y la expuso en un proceso (caso similar al presente) y en la Apelación n.º 162-2022/Callao el supuesto fue una conversación de WhatsApp extraída de un equipo celular.

5.10. Al respecto, José Antonio Reaño Pescheira señala lo siguiente:

Las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados, lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter público, lo cual ocurrirá generalmente. [...] No puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escuchas, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor

5.11. Conforme se desprende de la lectura de los actuados, en el presente caso la grabación fue efectuada en circunstancias en que la investigada fiscal Murriagui Cárdenas mantenía una conversación con su homólogo, el fiscal Leoncio Apumayta Riveros, en el exterior del domicilio de aquella, respecto a la carga del despacho fiscal en la que ambos laboraban y que por enfermedad de la primera había tomado a su cargo el segundo. Esta conversación fue grabada por el fiscal interlocutor Apumayta Riveros debido a que la fiscal investigada le habría propuesto que archivara una carpeta fiscal en trámite en el despacho a su cargo a cambio de apoyarlo profesionalmente en un futuro inmediato (cuando la nombraran fiscal superior).

5.12. Es de vital importancia tomar en cuenta en este análisis la condición de representantes del Ministerio Público de ambos interlocutores.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 1-2023
HUANCAVELICA**

5.13. En la Apelación n.º 81-2022/Lima Este, la Sala Penal Permanente señaló lo siguiente en el considerando segundo de los fundamentos de derecho:

En un Estado Constitucional de derecho, el Ministerio Público, como órgano constitucional de persecución del delito no puede negarse a perseguir el delito bajo cualquier pretexto y menos generando zonas de impunidad, por ejemplo en delitos especiales -como la corrupción de funcionario público- porque tal actitud contravendría los deberes fundamentales del Estado, su propia razón de ser y desconocería incluso el compromiso internacional de persecución efectiva de los actos de corrupción, que prevén los artículo 2.1.3 y en especial 3.6 de la Convención de Viena de mil novecientos noventa y ocho y que aparecen también en la Convención de Palermo de 2001 y en la Convención de Mérida de 2004, doblemente obligatorios, por ser pactos internacionales vigentes, tras haber sido aprobados y por ser parte del ordenamiento jurídico nacional conforme al mandato del artículo 55 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, su actuación debe también respetar el ordenamiento jurídico nacional, en especial la Carta Fundamental.

5.14. De modo tal que la investigada debía ser consciente de que una proposición de este tipo no solo estaría contraviniendo sus deberes de función, sino que, por la condición de su interlocutor, se estaba arriesgando a que este no estuviese dispuesto a aceptarlo y por el contrario, en aras de su deber como fiscal, pudiese denunciarla.

5.15. No se habría tratado de una conversación amical en un contexto privado de confianza, ya que la declarante en la audiencia de apelación aseveró que previamente se comunicaron por teléfono y se citaron para hablar de las causas del despacho fiscal, ya que ella no podía asistir a su centro de labores porque se encontraba enferma del covid-19. El hecho de que la conversación se haya realizado en el exterior de su domicilio sería algo circunstancial, que pudo haber tenido lugar en las mismas instalaciones del Ministerio Público.



- 5.16.** El que la conversación grabada esté relacionada con la presunta comisión de un delito de corrupción de funcionarios por parte de la investigada y el que los términos de la conversación se limiten a cuestiones propias de la labor de fiscal que ambos realizaban determina que no se habría tratado de una conversación relacionada con la intimidad personal de alguno de los interlocutores. Esto nos ubica en un contexto en el cual es perfectamente aplicable la teoría del riesgo como excepción a la prueba prohibida.
- 5.17.** La imposibilidad de cumplir con lo solicitado por la fiscal investigada, porque la causa ya se encontraba con orden del fiscal superior para acusar, es irrelevante para la configuración del delito; se trata de un delito de simple actividad, en el que basta con que se produzca el ofrecimiento ilícito para su consumación; no es necesario que el funcionario acepte o realice el acto esperado. Ciertamente, se exige un dato objetivo de finalidad o posibilidad material de influencia en la decisión, dato que sí ostentaba el fiscal a quien se le realizó tal ofrecimiento, puesto que se encontraba a cargo del trámite. Es de presumirse que la investigada ignoraba que la investigación ya se encontraba con orden de acusación; de lo contrario, resulta lógico pensar que no habría hecho tal ofrecimiento.
- 5.18.** En cuanto a la infracción procesal en la cadena de custodia del dispositivo que contenía la grabación, uno de los principios que rige la actividad probatoria es el relativo a la autenticación de la fuente de prueba.
- 5.19.** Según este, es necesario demostrar que el elemento de investigación utilizado para la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos (en el presente caso, el contenido de la grabación debe ser auténtico, esto es, debe reflejar fielmente lo que conversaron las partes del día de los hechos).



- 5.20.** El artículo 220.5 del CPP instituye a la cadena de custodia como un procedimiento para garantizar la autenticidad de lo que puede ser fuente de prueba u objeto del delito desde el momento de la recolección.
- 5.21.** Se trata de un conjunto de medidas supervisadas por el fiscal y se rigen por lo dispuesto en el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos, Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado por Resolución n.º 729-2006-MP-FN, del quince de junio de dos mil seis.
- 5.22.** El fiel cumplimiento de este procedimiento evita otro procedimiento ulterior de autenticación de la fuente de prueba a través de otros medios, como la autoautenticación, la marcación, el testimonio o la pericia.
- 5.23.** El Acuerdo Plenario n.º 6-2012/CJ-116, del siete de marzo de dos mil trece, antes mencionado, en sus fundamentos jurídicos decimotercero y decimocuarto establece lo siguiente respecto al rompimiento de la cadena de custodia:

Fundamento 13. La ruptura de la cadena de custodia -la presencia de irregularidades en su decurso- se presenta cuando en algunos de los eslabones de la cadena o de los tramos por el que transita el cuerpo del delito, se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito o juez [...]. Aquí en principio se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.

Fundamento 14. De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o automáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese de esta forma, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautada, y que solo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y en otro sentido, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157.1 del



CPP); de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la ley.

- 5.24.** Dicho de otro modo, el rompimiento de la cadena de custodia es una irregularidad que no invalida el medio de prueba como tal.
- 5.25.** En el presente caso el Órgano de Control Interno del Ministerio Público recibió el CD que contenía la grabación por parte del fiscal que la efectuó tiempo después de ocurridos los hechos, pero inmediatamente después de recibido lo remitió a la Fiscalía Especializada de Corrupción de Funcionarios, en donde se inició el procedimiento de cadena de custodia para su conservación.
- 5.26.** El acuerdo antes mencionado señala que la pérdida de eficacia procesal por un vicio en la cadena de custodia puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa, que se trata de un tema propio de la valoración de la prueba, de su credibilidad, que el órgano jurisdiccional debe decidir de acuerdo con las restantes circunstancias del caso.
- 5.27.** El contenido de la grabación proporciona indicios de la comisión de un delito especialmente grave, dada la función de defensor de la legalidad de un representante del Ministerio Público, por lo que, en virtud de la teoría del riesgo, no es pertinente su exclusión como elemento de prueba en las etapas iniciales del proceso. Le corresponde a la Fiscalía ofrecer durante este los medios de prueba necesarios para la verificación de la autenticidad de su contenido.

Sexto. Costas procesales

- 6.1.** No corresponde la imposición de costas procesales por tratarse de actos interlocutorios.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 1-2023
HUANCAVELICA**

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 INFUNDADA** la apelación interpuesta por **Cecilia Elvira Murriagui Cárdenas**; en consecuencia, **CONFIRMARON** la Resolución n.º 2, emitida el veintiuno de diciembre de dos mil veintidós por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos que interpuso para la exclusión de un medio probatorio ilícito en la investigación que se le sigue por la presunta comisión del delito de cohecho activo específico (y otro), en perjuicio del Estado.
- II. SIN COSTAS.**
- III. MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria al Tribunal de origen; hágase saber.

Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por vacaciones del señor juez supremo San Martín Castro.

SS.

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

IASV/mirr