



Hallazgo casual, causa probable y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

I. En el presente caso, el hallazgo del celular no fue inconstitucional, indebido o ilícito; sino que se trata de un hallazgo casual y dentro de la escena criminal, el cual se produce cuando en el estado primordial de los eventos criminales o en el curso de la investigación en general, se encuentran objetos, documentos, datos o cualquier información vinculada a lo ilícito que no se planificó.

II. Se suma entonces el argumento de causa probable: el celular ajeno a los agraviados fue encontrado por estos en la escena criminal y, escoltados por la buena fe, lo entregaron de inmediato a la Policía Nacional, sin manipularlo previamente. Buena fe y causa probable son dos variables que colaboran decididamente con la conservación de un actuar legítimo.

III. El recurrente alega la inviolabilidad de las comunicaciones; sin embargo, si bien, se accedió a la información de *WhatsApp* con el contacto “profesora”, esta no determinó la responsabilidad del recurrente; además, no se trató de una conversación contemporánea, sino de un archivo conservado por su titular. Así que, no se encuentra dentro de los alcances de lo que está constitucionalmente proscrito por el artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú, pues, en puridad de cosas, en el presente caso no se ha intervenido, interceptado o interferido una comunicación vigente, sino solo el archivo conservado en el aparato telefónico. Lo propio ocurre con los archivos de imágenes fotográficas conservadas en el mismo aparato celular. En todo caso, el derecho afectado no es el contenido en el numeral 10 del artículo 2 de la carta fundamental, sino el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen (numeral 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú).

IV. Se preconiza la tutela jurisdiccional efectiva y la seguridad y tranquilidad públicas, como derechos fundamentales (artículo 139 numeral 3 y numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, respectivamente) que se encuentran en mejor posición, en este caso, que los derechos a la intimidad y a la imagen, para ser considerados al momento de disolver la nulidad invocada; tanto más si para acceder a incursionar en tales derechos no se exige el requisito constitucional de la autorización judicial.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Sala Penal Permanente

Casación n.º 2485-2021/Puno

Lima, doce de diciembre de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el procesado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ contra la sentencia de vista, del veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno (foja 779), emitida por la Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora y Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia de primera instancia, del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 87), que **(i)**



resolvió desvincularse del requerimiento acusatorio fiscal que subsumió los hechos en el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo en su forma de robo con agravantes (previsto en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal), y procedió a subsumir los hechos denunciados en la comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el primer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4 y 7, del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado); y **ii)** condenó al citado acusado, como autor del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el primer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4 y 7, del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado), en agravio de Braulio Rogelio Montúfar Argollo¹ y Ángel Juan Damasco Montúfar; y le impuso veinte años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento (foja 2 del cuaderno de debates), y su correspondiente subsanación (foja 14 del cuaderno de debates) formuló acusación contra ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ como coautor del delito de robo con agravantes (previsto en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base artículo 188 del mismo cuerpo legal); en perjuicio de Braulio Rogelio Montúfar Argollo y Ángel Juan Damasco Montúfar; y solicitó que se le imponga la pena privativa de libertad de treinta y cinco años y que se fije como reparación civil la suma de S/ 50 000 (cincuenta mil soles) a favor de los agraviados. Posteriormente, se dictó el auto de enjuiciamiento del veintinueve de diciembre de dos mil veinte (foja 22 del cuaderno de debates), en los mismos términos de la acusación fiscal subsanada.

Segundo. Llevado a cabo el juzgamiento, el Juzgado Penal Colegiado, mediante sentencia del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 87 del cuaderno de debates), **(i)** resolvió desvincularse del requerimiento acusatorio fiscal que subsumió los hechos en el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal), procediendo a subsumir los hechos denunciados en la comisión del delito contra el

¹ En la sentencia de vista de consignó Braulio **Roger** Montúfar Argollo, cuando lo correcto es Braulio **Rogelio** Montúfar Argollo, conforme a su documento nacional de identidad (DNI) 0160852.



patrimonio en su modalidad de robo en su forma de robo con agravantes, (ilícito previsto en el primer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4 y 7, del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado); **(ii)** condenó al acusado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ como autor del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes, (ilícito previsto en el primer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4 y 7, del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado), en agravio de Braulio Rogelio Montúfar Argollo y Ángel Juan Damasco Montúfar; en consecuencia, le impuso veinte años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 3000 (tres mil soles) el monto por concepto de reparación civil, que deberá pagarse a razón de S/ 1500 (mil quinientos soles) a favor de cada uno de los agraviados, sin perjuicio de la restitución de los bienes sustraídos.

Tercero. Contra la mencionada sentencia, el procesado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ interpuso recurso de apelación (foja 109 del cuaderno de debate). Dicha impugnación fue concedida por auto del quince de abril de dos mil veintiuno (foja 122 del cuaderno de debate). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§ II. Procedimiento en segunda instancia

Cuarto. En la audiencia de apelación, no se realizó el ofrecimiento de medios probatorios, tampoco se oralizó pieza procesal, ni se examinó al procesado. Seguidamente, se expusieron los alegatos finales de los sujetos procesales concernidos, según emerge del acta del once de agosto de dos mil veintiuno (foja 299 del cuaderno de debates). En ese contexto, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista, del veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno (foja 305 del cuaderno de debate), confirmó la sentencia de primera instancia, del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 87 del cuaderno de debate), que **(i)** resolvió desvincularse del requerimiento acusatorio fiscal que subsumió los hechos en el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal), y procedió a subsumir los hechos denunciados en la comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el primer párrafo incisos 1, 2, 3, 4 y 7 del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado); y **(ii)** condenó al acusado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ, como autor del delito contra el patrimonio, en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes, (ilícito previsto en el primer párrafo incisos 1, 2, 3, 4 y 7 del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del Código citado), en agravio de Braulio Rogelio Montúfar Argollo y Ángel Juan Damasco Montúfar; en



consecuencia, le impuso veinte años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

Quinto. Frente a la sentencia de vista acotada, la defensa técnica del procesado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ promovió recurso de casación (foja 797 del cuaderno de debate). Mediante auto del quince de septiembre de dos mil veintiuno (foja 842 del cuaderno de debate), la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§ III. Procedimiento en la instancia suprema

Sexto. La Sala Penal Transitoria, al amparo de la Resolución Administrativa n.º 000378-2021-CE-PJ (foja 109 del cuadernillo supremo), emitió el decreto del dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno (foja 114 del cuadernillo supremo), para la redistribución de la causa. Posteriormente, la Sala Penal Permanente, se avocó al conocimiento de la causa, luego, al amparo del artículo 430, numeral 5, del Código Procesal Penal, corrió traslado del recurso (foja 115 del cuadernillo supremo). Seguidamente, emitió el decreto del dieciséis de junio de dos mil veintitrés (foja 120 del cuadernillo supremo), para la calificación del recurso de casación, por lo que se emitió el auto de calificación del diez de julio de dos mil veintitrés (foja 122 del cuadernillo supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de casación. Posteriormente, mediante decreto del doce de octubre de dos mil veintitrés (foja 130 del cuadernillo supremo), se dispuso señalar fecha de audiencia el veintidós de noviembre del presente año.

Séptimo. Realizada la audiencia de casación, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El tópico que amerita pronunciamiento se encuentra delimitado en el fundamento cuarto de la calificación del recurso de casación que señala:

En el caso, el planteamiento postulado por el casacionista incide en la afectación del derecho a la prueba en su dimensión de valoración de pruebas, en estricto, por la valoración de prueba ilícita, lo cual transgrediría las normas que regulan dicho tópico; y, por otro lado, por ilogicidad en la motivación expedida para sustentar y descartar el agravio expuesto.

Así, resulta razonable examinar si la obtención de las pruebas obtenidas y su posterior valoración por los Tribunales de mérito y de instancia se realizó violando garantías de orden constitucional, es decir, si se afectó la fuente de



prueba por transgresión del derecho a la inviolabilidad de comunicaciones dado que el Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular habría sido practicada pese a la inexistencia de autorización judicial; y si tal aspecto incidiría en la prueba posterior obtenida. En esa línea, corresponde analizar si existe vulneración de los derechos fundamentales, al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la prueba legítima artículos 2, numeral 24, literal 2 y 139, incisos 3 y 14, de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 159 del Código Procesal Penal (prueba prohibida).

El motivo casacional es el previsto en el numeral 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal, es decir: *“Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías”*.

Segundo. Conforme a lo señalado, corresponde dilucidar si el Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular hallado en la escena del ilícito se emitió vulnerando el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, en cuanto el acto no habría contado con autorización judicial, lo cual, como prueba fuente, daría lugar a que la prueba posterior obtenida también se encuentre contaminada.

Tercero. El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú, que señala:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

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

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento 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.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Cuarto. El Tribunal Constitucional ha sostenido, en la STC n.º 2863-2002-AA/TC- Lima, del veintinueve de enero de dos mil tres, fundamento jurídico 3, que “[...] el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación”.



Quinto. Asimismo, en el fundamento jurídico 10 de la STC n.º 00962-2019-PA/TC-Arequipa, del uno de febrero de dos mil veintidós, se reconoce que las conversaciones que se desarrollen empleando la aplicación de *WhatsApp* también deberían ser resguardadas por el derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 2.10 de la Constitución. Sobre las comunicaciones de *WhatsApp*, el Tribunal Constitucional de España señaló que el objetivo de este derecho es garantizar que las comunicaciones sean impenetrables para terceros ajenos a la comunicación misma, entendiéndose que la garantía constitucional se viola cuando se intercepta en sentido estricto el mensaje o simplemente cuando se tiene conocimiento del contenido del mensaje de forma antijurídica (Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 114/1984, fundamento jurídico 7).

Sexto. En el caso concreto, luego de ocurrido el latrocinio en que participaron tres varones, después de reducir a las víctimas y huir llevándose bienes consigo, los perjudicados pudieron liberarse y se percataron del hallazgo de un teléfono celular en “la puerta principal del inmueble”, dispositivo que pertenecería a los presuntos autores del hecho y que, en el contexto de un hallazgo casual, fue entregado a la policía. Dicho aspecto se desprende del Acta de intervención policial. Seguidamente, se faccionó el Acta de recepción y lacrado de teléfono celular, se dio inicio a la cadena de custodia y se dio cuenta al Ministerio Público.

Séptimo. Posteriormente, con presencia del fiscal, el abogado de la defensa pública y el policía instructor, se procedió a deslazar y visualizar el teléfono celular, conforme se desprende del Acta de su propósito, en que se visualizó y transcribió la conversación vía *WhatsApp* con el contacto “profesora”, del que se extrajeron los datos: ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ, que correspondería al presunto propietario, así como se extrajeron dos fotografías del archivo de imágenes. En audiencia ante esta Sala Suprema, la defensa técnica del recurrente aceptó que no está en duda que el celular le pertenezca al recurrente ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ.

Octavo. La defensa sostiene al respecto que la visualización del teléfono celular y la posterior consecución de sus datos dan lugar a la obtención de prueba que es ilícita, en cuanto la visualización del teléfono celular no contó con autorización judicial. Y, al ser la prueba fuente, no puede sobrevivir ninguna otra ni siquiera el proceso penal mismo.

Noveno. Para disolver el motivo casacional es necesario partir identificando el derecho que tal acto fiscal habría deflagrado. No está en duda que la apertura del celular importó la adquisición de la información de la agenda



telefónica, los archivos de las conversaciones de *WhatsApp* con el contacto “profesora”, de donde se obtuvo la identificación del usuario del aparato telefónico y los archivos de la galería de fotografías. Dado que se invocó el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú, debe precisarse, en primer orden, si en efecto el acceso a la información adquirida violentó este derecho. Sin soslayar que, en el presente caso, el hallazgo del celular no fue inconstitucional, indebido o ilícito; sino que se trata de un hallazgo casual y dentro de la escena criminal, el cual se produce cuando en el estado primordial de los eventos criminales o en el curso de la investigación en general, se encuentran objetos, documentos, datos o cualquier información vinculada a lo ilícito que no fue planificada. Además, en el decurso procesal, el propio testigo directo y agraviado Braulio Rogelio Montúfar Argollo reconoció personalmente al recurrente, brindando previamente —como corresponde al mandato de la regla procesal del artículo 189 del Código Procesal Penal— la descripción de la persona reconocida; después la reconoció y, en el juzgamiento, persistió en su reconocimiento y sindicación, con el respaldo incondicional del restante acervo probatorio: certificado médico-legal que corrobora los dichos tanto de Montúfar Argollo como del otro agraviado Ángel Juan Damasco Montúfar.

Décimo. En ese sentido, es necesario distinguir previamente qué derecho se vulneró con las pruebas consistentes en el Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular, pues, según el gravamen denunciado y los hechos acreditados, aquellas se realizaron sin que el titular del celular hubiera autorizado su apertura y visualización o mediando mandato judicial expreso. El recurrente alega la inviolabilidad de las comunicaciones; sin embargo, si bien, se accedió a la información de *WhatsApp* con el contacto “profesora”, esta no determinó la responsabilidad del recurrente; tampoco se trató de una conversación contemporánea, sino de un archivo conservado por su titular. Así que, no se encuentra dentro de los alcances de lo que está constitucionalmente proscrito por el artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú, porque, en puridad de cosas, en el presente caso no se ha intervenido, interceptado o interferido una comunicación vigente, sino solo el archivo conservado en el aparato telefónico. Lo propio ocurre con los archivos de imágenes fotográficas conservadas en el mismo aparato celular. En todo caso, el derecho afectado no es el contenido en el numeral 10 del artículo 2 de la carta fundamental, sino el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen (del numeral 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú).



Decimoprimer. La Constitución no incorpora una norma procesal con efectos generales, que consagre la regla de exclusión probatoria cuando en la obtención de fuentes de prueba o en la práctica de medios de prueba se vulneran derechos fundamentales. Empero, sobre la base de los principios constitucionales que organizan el debido proceso, por su enfrentamiento a determinados derechos fundamentales, sanciona su ineficacia probatoria². La norma procesal, como lo señala la jurisprudencia suprema³, a su vez, incorpora en este ámbito dos normas generales; por tanto, opta por normatizar la regla de exclusión de las pruebas obtenidas o actuadas con vulneración de derechos fundamentales mediante normas de carácter prohibitivo (Miranda Estrampes).

1. El artículo VIII del Título Preliminar del CPP, que afirma que la valoración de un medio de prueba —en verdad, fuente de prueba— está condicionado a su obtención e incorporación —aquí sí es correcto calificar de medio de prueba al acto de aportación— por un procedimiento constitucionalmente legítimo; que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de un derecho fundamental [...]; y que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. 2. El artículo 159 del CPP que igualmente dispone que el juez no podrá utilizar [...] directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental de la persona⁴.

Esta Sala Suprema⁵ ha establecido al respecto lo siguiente:

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 proporcionalidad.

Decimosegundo. Como se ha establecido en anterior jurisprudencia⁶, es importante reconocer que el proceso justo exige que la disciplina de la prueba —que en términos amplios comprende los actos de investigación y los actos

² SAN MARTÍN CASTRO, César (2015) *Derecho procesal penal. Lecciones*. Inpeccp. Primera edición, noviembre, p. 619.

³ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Recurso de Apelación 81-2022/Lima Este, del uno de diciembre de dos mil veintidós, fundamento jurídico primero.

⁴ SAN MARTÍN, op. cit. pp. 619 y 620.

⁵ SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación n.º 319-2019/Apurímac, del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, fundamento quinto.

⁶ SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación n.º 1762-2018/Arequipa, del dieciocho de marzo de dos mil veintidós, fundamento jurídico segundo.



propriadamente de prueba— sea dirigida no tanto a asegurar la certeza de una exacta reconstrucción del hecho, cosa imposible —intereses propriadamente epistémicos—, sino a eliminar las fuentes de incertidumbre relativas a la reconstrucción del *factum*, y especialmente a cuidar que las fuentes de prueba se obtengan y los medios de prueba se actúen respetando la legalidad constitucional y ordinaria —esta última relevante en tanto respetuosa de las formas legalmente previstas y, sobre todo, en armonía con los principios de contradicción e intermediación y la máxima de igualdad de armas—, tal como fluye, según fuente italiana, del artículo 155, numeral 1, del Código Procesal Penal: “La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código [es decir: la ley procesal penal]”. Ello parte de la noción, propia del derecho romano, en cuya virtud los hechos ilícitos —la infracción de la legislación probatoria— no deben aprovechar a su autor —*Nemo ex suo delicto mediorem suam conditonem facera potest*—. Al respecto, como anotó el Tribunal Supremo Federal alemán, en su conocida sentencia de catorce de junio de mil novecientos sesenta: “*La verdad no se puede obtener a cualquier precio*”. También lo es que una cosa es la persecución de la verdad a todo costo y otra es que la verdad se vuelva enconradiza y patente, pese a que no se realizó mayor esfuerzo por alcanzarla, como el hallazgo casual.

Decimotercero. Es inobjetable que, en el presente caso, se vulneró el derecho a la intimidad y a la imagen, por cuanto se abrió un celular sin autorización del titular o judicial; por lo que abre la segunda interrogante, aunada a determinar su ineficacia e inutilización, porque la prueba hubiera sido obtenida de modo insubsanable. También exige determinar si —como pretende el recurrente— la sentencia y el proceso mismo, es nulo. En razón de que “como se sostiene en la teoría general de las nulidades, no pueden ser subsanadas aquellas nulidades que afecten a cuestiones esenciales establecidas por razones de orden público y para garantizar el ejercicio efectivo de una garantía constitucional”. Resulta de aplicación el test de nulidad⁷.

⁷ Es la técnica de argumentación jurídica por medio de la cual se puede evaluar la validez jurídica de un acto, de un procedimiento o de un conjunto de procedimientos, de tal suerte que solo ser acogido debe superar el test de nulidad, es decir, debe cumplirse con acreditar la existencia de los tres principios necesarios para configurar nulidad que son el principio de taxatividad, el principio de lesividad o trascendencia y el principio de oportunidad. Cfr. SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación n.º 973-2022/Ucayali, del catorce de diciembre de dos mil veintidós, fundamento sexto; Casación n.º 2812-2021/San Martín, del veinte de febrero de dos mil veintitrés, fundamento quinto; Casación n.º 495-2022/Nacional, del catorce de octubre de dos mil veintidós, fundamento undécimo; Recurso de Apelación n.º 106-2022/Selva Central, del diecisiete de octubre de dos mil veintidós, fundamento octavo.



Decimocuarto. En el presente caso, no es necesario ingresar al territorio de la doctrina *The Exclusionary rules*⁸ o reglas de exclusión de la prueba, que aparece para descartar de plano toda prueba e incluso sus derivados, que hubieran sido adquiridos de forma inconstitucional. Por cuanto es imposible soslayar la existencia de prueba directa, fundada en los testimonios de los agraviados, que no puede ser ignorada aun descartando la alegada prueba prohibida, por cuanto mantienen su condición de insuperable certeza, como para sostener la condena del imputado; fundamentalmente porque se exaspera la ineficacia del Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular, ya que no es correcto señalar que las demás pruebas actuadas son dependientes de aquellas, el reconocimiento realizado por el testigo directo Montúfar Argollo se sustentó sobre la base de fichas Reniec y no sobre las fotografías del celular, y la descripción de los atacantes —tres en total— no se realizó mediando la información recogida en el acta practicada sobre el contenido del aparato telefónico ni, en general, la información se utilizó para crear declaraciones, inventar reconocimientos inexistentes, o forzar persistencia incriminatoria; todo lo contrario, si acaso determinaron actos de investigación y estrategias de pesquisa fiscal, que hallan su recodo en la causa probable: el hallazgo casual del celular en la escena criminal, que resultó ser de uno de los atracadores, al descartarse su propiedad por parte de los agraviados, habilitó además su apertura para poder determinar su titularidad y descartar su ajenidad a la investigación, no existió otra forma materialmente posible de exentarlo de la vinculación ilícita. Por lo demás, la declaración de los testigos directos no es inverosímil, es persistente y posee corroboración periférica en el certificado médico-legal y en la convergencia testifical, se cumplió el mandato del test de certeza contenido en el Acuerdo Plenario n.º 02-2005/CJ-116. Después, el hallazgo casual del celular en la escena criminal es un dato cierto que no ha sido negado por el propio recurrente; es más, su *causa petendi* se sostiene en que el celular, materia de controversia es de su uso personal.

Decimoquinto. Entonces, si el Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular no ha sido la única pieza probatoria con la que se condenó al recurrente, la pregunta que aún falta responder es si la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen engendra la nulidad invocada por el casacionista. En efecto, si bien el contenido del celular ha sido una pieza importante para la condena, porque de él se desprende la existencia del acta objetada, en el presente caso resulta un defecto no insuperable,

⁸ Es un término inglés creado por la jurisprudencia estadounidense que significa “regla de exclusión de la evidencia ilegal”. Cfr. SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Recurso de Apelación n.º 81-2022/Lima Este, del uno de diciembre de dos mil veintidós, *passim*.



puesto que en el balance probático de condena, incluso excluyendo tal acta del acervo probatorio, la condena igualmente subsiste, dado que ni el reconocimiento realizado por Braulio Rogelio Montúfar Argollo se practicó sobre las fotografías halladas en la galería del celular —en puridad de cosas, archivos digitales—, ni las declaraciones persistentes de incriminación de los testigos directos Montúfar Argollo y Damasco Montúfar se basaron o tuvieron como único eje la información del celular; por el contrario, convenimos con el *ad quem* en que fueron espontáneas, consistentes y verosímiles. Luego, incluso la exclusión del acta, por prohibida, no hubiera modificado tal realidad epistemológica.

Decimosexto. Así pues, si se sigue el itinerario procesal, se encuentra que a las 6:40 horas del veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, se elabora el Acta de intervención policial donde los agraviados declaran los hechos y dan una primaria aproximación de quiénes serían sus atacantes, que es un punto de partida. La segunda pieza es que, a las 7:30 horas, los agraviados Juan Damasco Montúfar y Braulio Rogelio Montúfar Argollo dan cuenta del hallazgo casual de un celular, que entregan al policía instructor, el cual es recibido y lacrado, y se inició la cadena de custodia, conforme se desprende del Acta de recepción y lacrado de teléfono celular. Se suma entonces el argumento de causa probable: el celular ajeno a los agraviados fue encontrado por estos en la escena criminal y, escoltados por la buena fe, lo entregaron de inmediato a la Policía Nacional, sin manipularlo previamente. Buena fe y causa probable son dos variables que colaboran decididamente con la conservación de un actuar legítimo.

Decimoséptimo. Eso significa que el hallazgo del celular no es inconstitucional ni lo son las acciones que se hubieran podido realizar con él, sino que el hecho de que la Fiscalía lo haya abierto y hurgado su contenido sin contar con la previa autorización de su titular o del juez es únicamente vulnerador del derecho a la intimidad y a la imagen. Sin embargo, no puede ignorarse que —como resalta el Tribunal Constitucional Español⁹—, desde que una persona se fotografía y, más aún, conserva esos retratos, expone su intimidad, que se abre por la propia acción de su titular, pues nadie se fotografía solo para su gusto personalísimo, sino para perennizar un momento y compartirlo, al menos no es común el narcisismo o la egolatría; luego, el derecho de protección a la intimidad se relativiza por la propia acción de su titular, más aún si, además, se colocan las fotos en sitios de

⁹ Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, STEDH del dieciséis de julio de dos mil trece, asunto *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia*, párrafo 65, con cita de la anterior sentencia del diez de marzo de dos mil nueve, asunto *Times Newspapers Ltd c. Reino Unido*. números 1 y 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 58/2018, del cuatro de junio de dos mil dieciocho, p. 12.



internet, redes sociales o páginas web. Más aún si, en este caso, el celular no tenía ninguna clave de acceso ni protección de datos, etcétera.

Decimooctavo. Posteriormente, se realizó el reconocimiento de los intervinientes; si bien los investigadores ya tenían fotos de varias personas, entre ellas, del sentenciado, el acta de reconocimiento ha seguido cabalmente todos los requisitos establecidos por el código adjetivo; el reconocente Braulio Rogelio Montúfar Argollo lo describió previamente, luego en una colección de fotografías escogió la de ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ, a quien reconoció como uno de sus atacantes; luego aparecen los dos testimonios de los dos agraviados, cuyas declaraciones vienen corroboradas por el certificado médico que se les practicó dando cuenta de las lesiones que sufrieron con relación al hecho ilícito. Igualmente, se cuenta con los antecedentes policiales del ciudadano Barrientos López.

Decimonoveno. Así las cosas, el problema casacional nos obliga a un ejercicio de ponderación y optimización de derechos, no tanto en el contexto de colisión de derechos o principios, en el que es imprescindible aniquilar uno para que prevalezca el otro¹⁰, contexto extravagante de la axiología constitucional y convencional plasmada en el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹; sino el ejercicio de ponderación bajo la rectoría del principio de armonización y concordancia práctica, que obliga a encontrar la interpretación que, si bien pueda preferir algún derecho o principio sobre otro, permita la coexistencia de ambos¹²; aunque, desde luego, alguno de ellos deba tener mayor protección. En este caso, de un lado, como se dijo, el derecho a la intimidad y a la imagen, y del otro, el derecho a la seguridad y la tranquilidad pública e, incluso, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las víctimas de los delitos. Después, bajo la regla de *ius cogens* internacional *Lex fundamentalis non servat malam fidem, illegitimum vel abusum iuris exercitium* —la ley fundamental (la Constitución) no ampara la mala fe, lo ilícito o el ejercicio abusivo del derecho—.

Vigésimo. En consecuencia, ponderando de un lado que la invasión al derecho a la intimidad y a la imagen fue relativizada, en primer orden, por la propia autorización del titular de los derechos, desde que se fotografía, conserva el archivo del retrato y no posee restricciones de acceso a su

¹⁰ ALEXY, Robert (1985) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 71 a 84.

¹¹ Nada en esta declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

¹² DWORKIN, Ronald (2002) *Los derechos en serio*, 5.ª reimpresión, Barcelona: Ariel Derecho, p. 72 a 125.



galería digital; en segundo lugar, dicha información provino no de un acto deliberado de pesquisa, que hubiera avasallado derechos, sino de un hallazgo casual; tercero, que la información obtenida sirvió para delinear la estrategia de investigación *ex causam probabilis*, mas no para utilizarla como fuente de información desconocida para el agraviado —como la fisonomía y aspecto físico de su atacante— o determinar su declaración inculpativa; por último, la invasión a la intimidad o a la imagen acaecida ocurrió, pues la averiguación ineludible de los datos de su titular no podía darse de otro modo, ya que si no se conocía previamente la identidad del titular del aparato telefónico, descartarlo como material de investigación solo era posible conociendo tal dato; al cual solo se podría tener acceso abriendo y buscando en el celular.

Vigesimoprimer. Y de otro lado, existe una causa probable, desde que el celular fue hallado en la escena criminal y no pertenecía a ninguno de los agraviados, quienes, sin manipular el aparato o mediar tiempo, lo pusieron de inmediato a disposición de la policía —buena fe—; se preconiza la tutela jurisdiccional efectiva y la seguridad y tranquilidad públicas, como derechos fundamentales (artículo 139, numeral 3 y numeral 22, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, respectivamente) que se encuentran en mejor posición, en este caso, que los derechos a la intimidad y a la imagen, para ser considerados al momento de disolver la nulidad invocada; tanto más si, para acceder o incursionar en tales derechos no se exige el requisito constitucional de la autorización judicial. Después, no es posible determinar, *ex ante*, una regla general para los casos de ponderación y optimización de derechos, sino que serán la casuística y el caso concreto los que determinen la solución de optimización y la concreta ponderación que se establezca.

Vigesimosegundo. Entonces, el Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular es una prueba que invadió el derecho a la intimidad y a la imagen del recurrente, la Constitución no exige autorización judicial previa para tal invasión; luego, la forma y el contexto en que ocurrió tal acceso no autorizado a la esfera de derechos fundamentales del casacionista no posee suficiente trascendencia para derribar la sentencia recurrida, es una lesión, pero no de tal entidad para sostener el test de nulidad; por el contrario, se pondera como mayor optimización en este caso, el derecho a la seguridad y a la tranquilidad pública, así como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El rescate de tales derechos impone una relativización del menoscabo sufrido por el recurrente en sus derechos.

Vigesimotercero. A partir de lo anotado, incluso descartando el Acta de deslacrado y visualización de teléfono celular como material probatorio, se coteja la presencia de las demás pruebas como suficientes, fiables, plurales y



coincidentes entre sí, actuadas sin transgresión del principio de legalidad y valoradas razonablemente, razón por la cual se erigen como aptas para enervar la presunción constitucional de inocencia. En ese sentido, no se contravino el derecho fundamental al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales. La decisión de segunda instancia ha contestado los agravios formulados y, por sí misma, explica la decisión confirmatoria de la condena.

Vigesimocuarto. En ese sentido, el recurso de casación promovido debe ser declarado infundado, no se casará la sentencia de vista por la causal 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal, se fijarán costas, conforme a lo ordenado en el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal, el cual establece que quien interpuso un recurso sin éxito deberá pagar las costas procesales, que se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del citado código. Por ende, atañe al impugnante ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ asumir tal obligación procesal.

La liquidación le corresponde a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

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

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el procesado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ contra la sentencia de vista, del veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno (foja 779), emitida por la Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora y Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia de primera instancia, del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 87), que **(i)** resolvió desvincularse del requerimiento acusatorio fiscal que subsumió los hechos al delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal), procediendo a subsumir los hechos denunciados en la comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el primer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4 y 7, del artículo 189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado), y **(ii)** condenó al citado acusado, como autor del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo, en su forma de robo con agravantes (ilícito previsto en el primer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4 y 7, del artículo



189 del Código Penal, en concordancia con el tipo base del artículo 188 del código citado), en agravio de Braulio Rogelio Montúfar Argollo y Ángel Juan Damasco Montúfar; y le impuso veinte años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista recurrida.

- II. CONDENARON** al sentenciado ÓSCAR ALBERTO BARRIENTOS LÓPEZ al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.
- III. MANDARON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y que, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes; asimismo, que se publique en la página *web* del Poder Judicial; y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por licencia vacacional de la señora jueza suprema Carbajal Chávez.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

PEÑA FARFÁN

LT/jj