



Impertinencia del remedio procesal interpuesto. Secreto de comunicaciones

La proporcionalidad de la utilización de las conversaciones captadas vía control de comunicaciones se vio justificada por la gravedad, la alarma social y las repercusiones del hecho, así como porque la limitación del derecho al secreto de comunicaciones —desde que gran parte de los hechos imputados se expresaron o evidenciarían a través de comunicaciones telefónicas— importa un sacrificio menor a los derechos del investigado. Por lo demás, es claro que los cuestionamientos se centran básicamente en que fue afectado por la orden judicial de levantamiento del secreto de comunicaciones, desde que no se respetaron, específicamente, las garantías individuales que le son inherentes y que la medida fue adoptada con base en prueba ilícita aportada por el Ministerio Público; fundamenta su pretensión con relación a aspectos que ya se desarrollaron en otra sede judicial y, como tal, propone argumentos que solo pueden ser vistos a través de los remedios procesales preestablecidos por ley.

AUTO DE APELACIÓN SUPREMO

Lima, veinticinco de octubre de dos mil veinticuatro

AUTOS y VISTOS: en audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado **César José Hinostroza Pariachi** contra el auto de primera instancia del quince de noviembre de dos mil veintitrés (foja 885), que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos que planteó contra los registros de comunicación que fueron incorporados a la Carpeta Fiscal n.º 13-2021; con todo lo demás que contiene. En el proceso penal que se le sigue por el delito de cohecho pasivo específico y otro, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Pretensión impugnatoria del investigado

Primero. El investigado Hinostroza Pariachi, en su escrito de recurso de apelación formalizado el veintidós de noviembre de dos mil veintitrés (foja 928), instó la revocatoria del auto impugnado y que se ampare su solicitud de tutela de derechos. Como causa de pedir planteó **(i)** la afectación al derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones y que se ordene la exclusión de las grabaciones telefónicas incorporadas en la Carpeta Fiscal n.º 13-2021 por constituir prueba ilícita, **(ii)** la

transgresión de la garantía constitucional del debido proceso y (iii) la vulneración del principio del juez natural, legal y ordinario, pues la resolución cuestionada se emitió por un juez de investigación preparatoria del Callao y no un juez supremo; así, subraya que el juez *a quo* interpretó erróneamente lo estipulado por el Acuerdo Plenario n.º 04-2010-CJ-116; que no procede la interposición de un recurso impugnatorio de apelación contra una resolución inexistente, pues la medida instrumental restrictiva de derecho debió ser ordenada por el vocal titular menos antiguo de la Sala Penal del Supremo Tribunal, conforme al artículo 2, tercer párrafo, de la Ley n.º 27399.

➤ Asimismo, la defensa indica que la resolución recurrida confunde los alcances de la tutela de derechos, ya que este remedio procesal se interpuso precisamente para obtener la exclusión de material probatorio de una investigación fiscal, pues las grabaciones levantadas se obtuvieron con vulneración del derecho constitucional del secreto de comunicaciones, más aún si no medió mandato judicial expedido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, conforme lo dispone la normativa.

➤ Arguye también que no existe otra vía legal distinta a la tutela para declarar la ilicitud de determinados actos de investigación —en este caso, grabaciones de las conversaciones telefónicas del investigado— y, finalmente, cuestiona las resoluciones expedidas por el Juzgado del Callao, al no haberse cumplido los presupuestos establecidos en el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) para la medida restrictiva de derechos.

II. De la solicitud de tutela de derechos

Segundo. El investigado Hinostrza Pariachi solicitó, mediante escrito (foja 2 del cuadernillo formado en esta instancia suprema), tutela de derechos, debido a que estimó que los registros de comunicaciones fueron indebidamente incorporados a la Carpeta Fiscal n.º 13-2021.

Sostuvo que (a) se transgredió el derecho fundamental del secreto de comunicaciones, pues la medida se obtuvo sin que exista mandato emitido por el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria y sin el pedido formalizado de la Fiscalía de la Nación; además, (b) las tres resoluciones del Juzgado de Investigación Preparatoria se expidieron sin seguir el procedimiento constitucionalmente legítimo, pues se no se consignaron los datos del recurrente, se omitió dolosamente consignar su nombre en las investigaciones —pese a que se sabía que era titular del número telefónico intervenido— y no se señaló algún dato indiciario que permitiera establecer que el investigado Hinostrza se encontraría inmerso en algunas de las investigaciones incoadas.

Expresó también que el derecho de inviolabilidad de las comunicaciones solo puede ser restringido a personas investigadas por la Fiscalía; en ese sentido, las transcripciones de las grabaciones de las comunicaciones que sustentaron sospecha suficiente para autorizar la intervención de las comunicaciones no tenía como investigado a la fecha de emisión de la autorización judicial al recurrente, por lo que tal acto de investigación constituye una prueba ilícita; asimismo sostiene

que la medida restrictiva de derecho no cumplió con el principio de mínima intervención indiciaria.

III. Del auto recurrido

Tercero. El Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, por auto del quince de noviembre de dos mil veintitrés (foja 885), declaró infundada la tutela de derechos planteada por el investigado Hinostroza Pariachi en la investigación que se le sigue por el delito de cohecho pasivo específico y otro, en agravio del Estado. Consideró que, en cuanto a la exclusión de determinados actos de investigación, se podrá plantear el remedio procesal de tutela de derechos siempre que no exista una vía propia para alcanzar ese propósito. El recurrente cuestiona que no se siguió un procedimiento constitucionalmente legítimo respecto a la interceptación de comunicaciones que se desarrolló en el órgano judicial del Callao; sin embargo, tal situación no es pasible de revisión a través de una tutela, pues obran los mecanismos correspondientes en el mismo procedimiento para que las partes puedan formular sus pretensiones. En rigor, los actos del juez —materializados en decretos, autos y sentencias— tienen vías propias, como los recursos de apelación, reposición y/o casación.

➤ Tratándose de requerimientos fiscales sobre levantamiento del secreto de comunicaciones, el control judicial preestablecido está a cargo del juez evaluador de la investigación preparatoria. Si el cuestionamiento se centra básicamente en alguna deficiencia del requerimiento o en presuntas vulneraciones en la ejecución de la medida, corresponderá que ello sea controlado por el juez competente, esto es, por el juez que analizó y resolvió el requerimiento. Sobre esa línea, para que el afectado hiciera valer sus derechos y, en su caso, impugnase las decisiones dictadas en ese acto, debió hacer uso de la formulación de recursos impugnativos que le habilita la norma; en este caso, el recurso de apelación.

➤ En ese sentido, a través de una tutela de derechos se controlan las actuaciones de la Fiscalía y la Policía; sin embargo, el juez de investigación preparatoria no puede controlar la actuación procesal ni revisar las actuaciones judiciales de otro órgano jurisdiccional del mismo rango, pues el recurso de apelación se ha previsto como el mecanismo de impugnación idóneo que el superior jerárquico pertinente debe resolver.

IV. Del itinerario del procedimiento

Cuarto. Interpuesto el recurso de apelación del veintidós de noviembre de dos mil veintitrés (foja 935), concedido por auto del veintisiete de noviembre del mismo año (foja 952), y elevadas las actuaciones a este Tribunal Supremo, se cumplió con el procedimiento impugnatorio correspondiente y se declaró bien concedido el citado recurso de apelación. Señalada la fecha para la audiencia pública, esta se llevó a cabo en la fecha.

➤ La audiencia se realizó con la intervención del señor fiscal adjunto supremo en lo penal, doctor Iván Quispe Mancilla, y de la defensa del investigado César Hinostroza

Pariachi, doctor Joel Macera Barriga; así como del representante de la Procuraduría Pública, doctor Ronny Fernández Vásquez.

Quinto. Concluida la audiencia de apelación suprema, se procedió —acto seguido— a deliberar y votar la causa en sesión secreta; obtenido en la fecha el número de votos necesarios, corresponde pronunciar el presente auto de apelación suprema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El análisis de la censura impugnatoria en apelación se circunscribe a determinar si se está ante el mecanismo procesal adecuado que prevé la norma para hacer valer las pretensiones del recurrente y, en consecuencia, si la transcripción de las grabaciones de comunicaciones —proveniente del levantamiento de las comunicaciones, control y otros, en tiempo real e histórico, e incorporación, a efectos de convalidación, del teléfono celular 952 967 103, producido en la investigación seguida en el caso Las Castañuelas de Rich Port— vulneró la legalidad procesal y los derechos fundamentales del recurrente, por lo que deben anularse o excluirse de la causa.

Segundo. De los actuados se tiene que la información-base está referida a unas intervenciones telefónicas solicitadas por la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada contra el Crimen Organizado del Callao al juez competente de la investigación preparatoria, en el marco de una investigación materia de la Carpeta Fiscal n.º 8-2018. En mérito del Informe Policial n.º 209-2017-DIRINCRI.PNP-DIVINHOM-DEPINHOM-E5, estas, primero, determinaron órdenes de intervención de las comunicaciones telefónicas para investigar la organización criminal “Las Castañuelas de Rich Port” —por delitos de sicariato, tráfico ilícito de drogas y extorsión—; y, segundo, en una continuación de la investigación y, como consecuencia de las comunicaciones interceptadas, dieron lugar a nuevas órdenes de intervención de las comunicaciones telefónicas para investigar a la organización criminal denominada “Los Cuellos Blancos del Puerto” —delitos de corrupción, tráfico de influencias, falsedad documental y delitos conexos—.

Como consecuencia de la presunta intervención delictiva de algunos jueces y fiscales de alta jerarquía, con aforamientos legales y constitucionales, y luego de haberse identificado la identidad del titular del intervenido número 952 967 103, los fiscales a cargo de la investigación del caso Las Castañuelas de Rich Port remitieron los actuados a la Fiscalía de la Nación, para proseguir con el procedimiento preestablecido por ley.

Tercero. A este respecto, Es de rigor precisar que en materia de intervención de comunicaciones rige el principio de especialidad, en cuya virtud la medida dispuesta ha de estar relacionada con la investigación de un delito concreto, es decir, se requiere de base objetiva para disponer este tipo de medidas tecnológicas y, desde luego, la investigación del delito concreto —tiempo, lugar, personas y conductas específicas— está referida a unos números telefónicos ya designados, a un ámbito

fáctico y temporal delimitado en sus aspectos sustanciales y, si correspondiere, a unas personas determinadas o determinables.

En este caso, no es materia de discusión impugnativa la legalidad, constitucional y ordinaria, de las intervenciones telefónicas que dieron lugar al requerimiento del Ministerio Público en otra investigación, de la que precisamente dimanaron los registros solicitados para esta causa. Tampoco lo está que las interceptaciones que comprometieron las comunicaciones del investigado —así como las dirigidas a él, al o los teléfonos que utilizaba— fueron parte de la inicial investigación seguida en el Callao, por lo que bajo ningún concepto puede considerarse que se afectó indiciariamente su derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las informaciones obtenidas producto de las interceptaciones fueron un hallazgo casual, el cual, incluso, estuvo sujeto a un control jurisdiccional.

Cuarto. En esa línea, al no haberse siguiera ordenado intervenir los teléfonos utilizados por el investigado Hinostraza, se colige fundadamente que los concretos hechos que en esta investigación que se le atribuyen no formaban parte específica de las intervenciones telefónicas, por lo que, respecto a él, se estaba ante un hallazgo casual y, además, los delitos que se le atribuyen, por su magnitud, podían ser pasibles de realizar el acto indirecto de investigación restrictivo de derechos; por lo que no se está ante una prueba ilícita, máxime si las grabaciones de comunicaciones fueron obtenidas en mérito a una orden judicial materializada en tres resoluciones judiciales: **i)** del veintidós de diciembre de dos mil diecisiete, recaída en el Expediente n.º 2903-2017; **ii)** del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, recaída en el Expediente n.º 318-2018-18; y **iii)** del seis de abril de dos mil dieciocho, recaída en Expediente n.º 1032-2018.

Quinto. En efecto, superada la conexión causal, cabe acotar que la interceptación fue una medida necesaria, útil para el esclarecimiento del hecho, y que no existía una medida menos gravosa para acceder a fuentes de investigación, como los contactos entre personas que podrían arrojar luz sobre lo que venía sucediendo; asimismo, las actas de transcripción y control de comunicaciones siguieron el procedimiento legal para su incorporación en la Carpeta Fiscal n.º 13-2021 (así, se desprende que, mediante Resolución n.º 1, del veintitrés de agosto de dos mil veintitrés, recaída en el Expediente n.º 33-2018-310, el Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional declaró fundado el requerimiento de la Fiscalía Supraprovincial y autorizó la remisión de los audios a la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos); por tanto, la obtención de la información resultante del mandato judicial no es ilícita, pues no vulneró el ordenamiento constitucional y su aporte al proceso, ejecutada esta, es un ámbito de legalidad ordinaria, por lo que no se advierte que se hayan transgredido los derechos del investigado; más aún si el recurrente, una vez que conoció de las resoluciones de intervención de las comunicaciones, planteó los remedios procesales habilitados por la ley (reexamen regulado, en lo específico, en los incisos 3 y 4 del artículo 231 del CPP, y recurso de apelación, regulado en el artículo 204, inciso 1, del CPP, recursos que, a final de cuentas y en lo esencial, fueron desestimados).

Sexto. Con relación a lo referido por la defensa, en el sentido de que el derecho de inviolabilidad de las comunicaciones solo puede ser restringido a personas investigadas por la Fiscalía, es menester pronunciarse al respecto: el levantamiento del secreto de las comunicaciones está sujeto, como explica Montero Aroca¹, a presupuestos constitucionales y a requisitos legales, las que desprenden en sede nacional en los artículos 230 y 231 del CPP. Los presupuestos constitucionales se refieren a la necesidad de un auto debidamente motivado, expedido por la autoridad judicial y dictado en un procedimiento reglado al efecto, así como que esta cumpla con los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad y la regla de especialidad —delito específico de determinada gravedad y personas vinculadas de uno u otro modo a su comisión—, de suerte que, conforme al artículo 230, apartado 2, del CPP, la previa intervención de comunicaciones puede recaer no solo contra el investigado, sino también contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados, que reciben o tramitan por cuenta del investigado comunicaciones concretas o colaboran con él en sus fines presuntamente ilícitos. El recurrente, en este caso, de quien luego se conoció su identidad, tuvo conversaciones con los investigados de la Carpeta Fiscal n.º 8-2018 y, como consecuencia de la investigación efectuada en el caso Las Castañuelas de Rich Port, se determinó la presunta intervención de algunos jueces y fiscales de alta jerarquía, con aforamientos legales y constitucionales que reflejarían posibles vínculos delictivos, que era del caso consolidar a través de investigaciones subsiguientes.

Séptimo. En ese sentido, la proporcionalidad de la utilización de las conversaciones captadas vía control de comunicaciones se vio justificada por la gravedad, la alarma social y las repercusiones del hecho, así como porque la limitación del derecho al secreto de comunicaciones —desde que gran parte de los hechos imputados se expresaron o evidenciaron a través de comunicaciones telefónicas— importa un sacrificio menor a los derechos del investigado. Por lo demás, es claro que los cuestionamientos se centran básicamente en que fue afectado por la orden judicial de levantamiento del secreto de comunicaciones, desde que no se respetaron, específicamente, las garantías individuales que le son inherentes y que la medida fue adoptada sobre la base de prueba ilícita, aportada por el Ministerio Público; fundamenta su pretensión con relación a aspectos que ya se desarrollaron en otra sede judicial y, como tal, propone argumentos que solo pueden ser vistos a través de los remedios procesales preestablecidos por ley; básicamente, por medio de un recurso de apelación contra el auto que dispuso la medida, en función de la inobservancia de la legalidad, constitucional u ordinaria para autorizarla, o el reexamen, que precisamente se dirige a cuestionar la comisión de ilegalidades u omisiones en la ejecución de la medida, a fin de que se dicte la disposición de los derechos afectados. La tutela de derechos no es la vía idónea para amparar las pretensiones que procura el solicitante, pues, al ser un mecanismo de carácter residual, opera siempre que el ordenamiento no tenga

¹Montero Aroca, Juan. (1999). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 81 y 82.

previsto un mecanismo específico para cuestionar determinada actuación del fiscal o el órgano jurisdiccional.

Octavo. Dado lo expuesto, en este procedimiento no se produjo vicio alguno que determine la ilicitud de la ejecución de la orden judicial. En todo caso, comprende al ámbito del recurso de apelación, establecido en el inciso 1 del artículo 204 del CPP, cuestionar la ejecución del mandato restrictivo de derecho —levantamiento del secreto de comunicaciones—, de suerte que, al desestimarse el remedio procesal interpuesto en su oportunidad por el investigado (folio 862 del cuaderno formado en sede suprema), el encausado promovió un remedio procesal impertinente, como es la tutela de derechos. Asimismo, por el principio de preclusión, no puede retrocederse en el análisis de asuntos resueltos, tanto más si del procedimiento seguido no se advierte alguna afectación de las garantías, ya que el recurrente tuvo la oportunidad de presentar todos los medios impugnatorios que considerara pertinentes; así, contra la decisión judicial inicial que declaró fundados los requerimientos del levantamiento del secreto de comunicaciones, recurrió en apelación y, al haberse declarado inadmisibles, planteó el remedio procesal de tutela de derechos, que es de carácter extraordinario y residual; y, al no cumplirse con los requisitos previstos en la norma, el Juzgado de Investigación Preparatoria declaró su improcedencia.

Noveno. Es indudable que toda interpretación por el resultado de un precepto legal debe ser acorde a la Constitución y a los derechos fundamentales. Así, corresponde al legislador desarrollar el ejercicio procesal de los derechos fundamentales; respecto a un acto de restricción de derechos y búsqueda de pruebas, debe cuidar que no se restrinjan irrazonablemente los derechos de las personas, más allá del interés público en la persecución del delito. Sobre esa base, la garantía de defensa procesal y debido proceso se cubrió con la regulación del CPP en la materia, para lo cual previó dos remedios procesales autónomos, cada uno con su propio objeto y efectos: el recurso de apelación contra la resolución autoritativa y el reexamen judicial de la medida para cuidar que tal ejecución no vulneró precepto alguno. Es un principio procesal que, dentro del principio de rogación, corresponde a las partes fijar la pretensión, que no puede alterar el órgano jurisdiccional. En ese sentido, la causa de pedir debe ser clara y basada en las disposiciones que delimita el marco legal, y si esta no corresponde a lo que la ley prevé, no cabe otra opción al juez que rechazarla de plano. Y, en efecto, esto ocurrió en el *sub lite*.

Décimo. Finalmente, el agotamiento de los medios impugnatorios no le otorga al recurrente el derecho para seguir argumentando mecanismos de defensa manifiestamente improcedentes, lo que repercute en un perjuicio al proceso penal, al generar dilaciones indebidas que atentan contra los principios de celeridad, economía procesal y preclusión. Por consiguiente, el recurso de apelación no puede prosperar.



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 INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado **César José Hinostroza Pariachi** contra el auto de primera instancia del quince de noviembre de dos mil veintitrés (foja 885), que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos que planteó contra los registros de comunicación que fueron incorporados a la Carpeta Fiscal n.º 13-2021; con todo lo demás que contiene. En el proceso penal que se le sigue por el delito de cohecho pasivo específico y otro, en agravio del Estado. **CONFIRMARON** el auto de primera instancia. **SIN COSTAS.**
- II. MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria al Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, al que se enviarán las actuaciones; y que continúe la causa según su estado; registrándose.
- III. DISPUSIERON** que se notifique de inmediato y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Intervienen los señores jueces supremos Álvarez Trujillo y Placencia Rubiños por licencia de los señores jueces supremos Luján Túpez y Altabás Kajatt, respectivamente.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

PLACENCIA RUBIÑOS

CARBAJAL CHÁVEZ

ÁLVAREZ TRUJILLO

IASV/fsap