

Infundada la apelación

En el presente caso no se acreditó la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que no resulta viable amparar la solicitud de tutela de derechos planteada. En consecuencia, corresponde confirmar el pronunciamiento en primera instancia que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos.

Lima, tres de marzo de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por la procesada **Cristal Mendoza del Castillo** contra la resolución expedida el cinco de julio de dos mil veintidós por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria para Procesos por Delitos de Función de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró infundada su solicitud de tutela de derechos, en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho activo específico —artículo 398 del Código Penal—, en agravio del Estado; oídos los alegatos orales de los sujetos procesales y con los actuados que acompaña.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Antecedentes procesales

- 1.1.** Con fecha catorce de septiembre de dos mil veintiuno, la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal del Callao emitió la Disposición Fiscal n.º 1, que dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria en contra de Guillermo Martín Herencia Gambetta como autor del delito de cohecho pasivo específico y contra Cristal Mendoza del Castillo como autora del delito de cohecho activo específico, en agravio del Estado.
- 1.2.** En ese contexto, con fecha veintisiete de junio de dos mil veintidós, la procesada Cristal Mendoza del Castillo presentó una solicitud de tutela de derechos y pidió que se excluya de los elementos de convicción de la investigación preparatoria el acta de constatación notarial del dieciséis de febrero de dos mil dieciséis, por lo que el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria para Procesos por Delitos de Función de la

Corte Superior de Justicia del Callao emitió el auto del cinco de julio de dos mil veintidós, en que declaró infundado dicho pedido señalando que no se ajustaba a los presupuestos previstos en el artículo 71 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

- 1.3. No conforme con la decisión, la procesada Cristal Mendoza del Castillo interpuso el presente recurso de apelación, por lo que se elevaron los actuados a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En tal sentido, se corrió traslado a las partes y, de conformidad con lo previsto en el artículo 420 del CPP, se calificó el recurso mediante la resolución del veintiocho de noviembre de dos mil veintidós, y seguidamente mediante decreto del treinta y uno de enero de dos mil veintitrés se fijó fecha de vista de causa para el día de la fecha.
- 1.4. Llevada a cabo la audiencia programada, con la concurrencia de la defensa técnica de la encausada, el representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción y el representante del Ministerio Público, de inmediato se produjo la deliberación de la causa en sesión privada —en la que se debatieron el contenido del expediente y las alegaciones oralizadas en la vista—, en virtud de lo cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente resolución de apelación.

Segundo. Imputación fiscal

- 2.1. Se imputa a Cristal Mendoza del Castillo haber dado un beneficio al juez investigado Guillermo Martín Herencia Gambetta y dicho beneficio consistió en haber sostenido una relación sentimental de índole sexual a sabiendas de que dicho juez estaba encargado de resolver su demanda de alimentos en el Expediente n.º 331-2015.
- 2.2. Se indica que el citado beneficio habría sido otorgado con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento y competencia del juez Guillermo Martín Herencia Gambetta, investigado en el presente proceso por el delito de cohecho pasivo específico, y ambas investigaciones se siguen en el mismo proceso penal por tratarse de delitos conexos.

Tercero. Fundamentos de la resolución impugnada

- 3.1. El Juzgado Superior de Investigación Preparatoria para Procesos por Delitos de Función de la Corte Superior de Justicia del Callao señaló que, si bien no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, en el presente caso, no se

puede hacer un análisis de fondo, ya que vía tutela se protegen los derechos consagrados en el artículo 71.2 del CPP, dentro de los cuales no se comprende el pedido de la procesada solicitante, esto es, excluir una prueba por una supuesta afectación a un derecho fundamental, por lo que, al no estar amparado vía esta figura, no es atendible.

Cuarto. Argumentos del recurso de apelación

- 4.1.** La recurrente Cristal Mendoza del Castillo en su escrito de apelación solicita la nulidad de la recurrida y dentro de sus fundamentos refiere que cuando el Juzgado señala que no puede emitirse un pronunciamiento sobre el fondo en todo caso debió emitir una improcedencia y no una infundabilidad.
- 4.2.** Conforme al fundamento diecisiete del Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ-116, a través de la audiencia de tutela de derechos se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente en los casos en que sea la base de sucesivas medidas o diligencias, siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 71 del CPP. En tal sentido, se ha procedido a atacar el material probatorio obtenido ilegalmente: “acta de constatación notarial del dieciséis de febrero de dos mil dieciséis”, para obtener su exclusión.
- 4.3.** Se ha incurrido en un vicio procesal por errónea interpretación del artículo 71 del CPP, debidamente regulado por el acuerdo plenario antes citado. La figura de la tutela de derechos sí procura la exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, ya que no existe mayor afectación al derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa que encaminar un proceso penal sustentado en una prueba prohibida.

Quinto. Posición de la representante del Ministerio Público

- 5.1.** En audiencia pública de apelación, la representante del Ministerio Público señaló que, en la declaración jurada del siete de enero de dos mil dieciséis, Jackeline Kleey Roncal del Castillo, prima hermana de la investigada Cristal Mendoza del Castillo, refirió que el celular en el que constan algunas de las conversaciones se encontraba bajo su poder debido a que su prima Cristal le regaló el móvil sin preocuparse de borrar dicha información; que no se evidencia alguna denuncia realizada por parte de la investigada por la pérdida o robo respecto al celular, y tampoco se observa la existencia de alguna animadversión o rencilla que Roncal del Castillo tuviera en contra de su prima.

5.2. Indicó que la propia apelante fue quien expuso sus conversaciones privadas cuando entregó voluntariamente el celular a su prima, a sabiendas de que esta podría tener acceso a dicha información. No se ha evidenciado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Según el Tribunal Constitucional hay otros supuestos en que existe la obligación de denunciar el hecho delictivo una vez conocido. Del reporte de llamadas del teléfono celular de la investigada Cristal Mendoza del Castillo se advierte que del catorce de noviembre de dos mil quince al treinta de marzo de dos mil dieciséis se comunicó con el número perteneciente al exjuez investigado en un aproximado de mil doscientas llamadas, lo que ocurrió durante la tramitación de la demanda por alimentos a cargo del magistrado y acredita el grado de confianza entre el exjuez y la imputada.

Sexto. Análisis jurisdiccional

Consideraciones preliminares. Base normativa

6.1. En el CPP se establecen mecanismos para que el imputado pueda hacer valer sus derechos desde las primeras etapas del proceso:

Artículo 71. Derechos del imputado

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

[...]

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

6.2. En la citada norma adjetiva se determinan ciertos criterios referidos a la legitimidad y utilización de la prueba y sobre el derecho de defensa, cuya vulneración alega la parte impugnante:

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba (Título Preliminar)

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Artículo IX. Derecho de defensa (Título Preliminar)

1 Toda persona tiene derecho [...] a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria y en las condiciones previstas en la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes [...]

3. el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada con el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

Artículo 159. Utilización de la prueba

1. 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.

6.3. Asimismo, respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

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

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

6.4. En el presente caso, se procesa a Cristal Mendoza del Castillo por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho activo específico, en agravio del Estado, previsto en el Código Penal como sigue:

Artículo 398. Cohecho activo específico¹

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena

¹ En la forma del tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos, con la modificación de la Ley n.º 30111, del veintiséis de noviembre de dos mil trece.

privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Análisis del caso concreto

- 6.5.** El recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y suspensivo que procede frente a sentencias y autos equivalentes, así como otras resoluciones interlocutorias, cuya finalidad consiste, por un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida y, por otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o garantías procesales invocadas².
- 6.6.** En el presente caso se planteó recurso de apelación contra el auto de fecha cinco de julio de dos mil veintidós, emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria para Procesos por Delitos de Función de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos planteada por la procesada Cristal Mendoza del Castillo, lo que será materia de análisis por esta instancia suprema.
- 6.7.** Respecto a la figura de la tutela de derechos, cabe precisar que la Convención Americana de Derechos Fundamentales, en su artículo 25, establece que

toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

- 6.8.** En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, con la vigencia del CPP se ha creado la figura de la tutela de derechos, regulada en el artículo 71.4 de la norma adjetiva citada, la cual se constituye en una herramienta jurídica para los imputados, que puede ser utilizada frente a requerimientos ilegales, la imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o cualquier actuación procesal que signifique una vulneración de sus derechos —reconocidos en el artículo 71 del CPP—, y con ello el incumplimiento de las disposiciones normativas que los reconocen —específicamente las fijadas en el artículo 71.2 del CPP—. Así, se establece que

² SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones* (1.^a edición). Lima: INPECCP, p. 673.

los imputados podrán acudir a tal herramienta incluso desde las etapas primigenias del proceso penal, esto es, las diligencias preliminares.

- 6.9.** Ahora bien, en el presente recurso de apelación, se trata de la solicitud de una tutela de derechos presentada por la procesada Cristal Mendoza del Castillo, que fue declarada infundada bajo el fundamento de que su pedido no se ajustaba a los supuestos amparables vía tutela de derechos. Se señaló que no se habría vulnerado un derecho tutelable mediante este mecanismo.
- 6.10.** Como bien se ha indicado, la tutela de derechos es una figura jurídica que se constituye en una herramienta para los imputados frente a requerimientos ilegales, la imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o cualquier actuación procesal que signifique una vulneración de sus derechos —reconocidos en el artículo 71 del CPP—, por lo que, en el presente caso, a fin de resolver deberá verificarse si efectivamente se ha vulnerado un derecho tutelable vía la solicitud de tutela de derechos —considerando el carácter subsidiario de esta herramienta—.
- 6.11.** La procesada recurrente alega que se habría afectado su derecho al secreto de las comunicaciones al obtener el medio probatorio “acta de constatación notarial del dieciséis de febrero de dos mil dieciséis”, que contiene conversaciones de carácter amoroso y/o sexual entre ella y el juez procesado Guillermo Herencia Gambetta por medio del aplicativo WhatsApp, por lo que al considerarlo como una prueba ilícita, vía tutela de derechos, solicitó su exclusión.
- 6.12.** Al respecto, en la doctrina se establece que 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 proporcionalidad³. Así, se señala que es aquella prueba “en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable”⁴.

³ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Casación n.º 319-2019/Apurímac del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, fundamento 5.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del quince de septiembre de dos mil tres, Expediente n.º 2053-2003/HC-TC, caso Edmi Lastra Quiñones.

- 6.13.** Ahora bien, en la aplicación de la prueba ilícita, se contemplan excepciones, tales como la que desarrolla la teoría del riesgo, la cual “se justifica en el riesgo de la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este”⁵. Este criterio fue adoptado por la Corte Suprema en el Expediente n.º 21-2001, caso de los miembros del Tribunal, en que señaló que “la supuesta vulneración de sus derechos provino más bien de su actuación ilícita, que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres”⁶. Entonces, la interpretación justificativa que encuentra esta excepción a la prueba prohibida o ilícita es el propio riesgo que voluntariamente asume quien es grabado al confesar un hecho ilícito o realizar la conducta ilícita frente a otra persona.
- 6.14.** Asimismo, ya en la Apelación n.º 81-2022/Lima Este esta Sala Penal Suprema ha desarrollado los supuestos de excepciones a la regla de exclusión probatoria, entre estas, la teoría del riesgo. Así, si bien podría constituir prueba prohibida la grabación de una conversación por un tercero diferente a los interlocutores sin autorización de estos, con grave vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones, no es precisamente el caso que nos aboca al presente análisis.
- 6.15.** Así pues, en el presente caso se cuestiona como prueba prohibida el “acta de constatación notarial del dieciséis de febrero de dos mil dieciséis” —obrante a foja 63—, en el cual se certifica una conversación de WhatsApp extraída de un equipo celular entregado por Javier Zapata López —expareja sentimental de la investigada—, quien indicó que el equipo funcionó con el número 976330285 de titularidad de la investigada recurrente. Así, de su revisión se advierte que contiene conversaciones íntimas de carácter amoroso y/o sexual entre la titular del equipo y el número 999496332, que sería de titularidad del investigado Guillermo Herencia Gambetta, lo que denotaría su relación de cercanía.
- 6.16.** A fin de verificar la posible vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de la recurrente, es preciso tener en cuenta la forma en que el celular —cuya información ha sido plasmada en el medio probatorio en cuestión— habría sido obtenido por terceras personas, y se tiene que, a diferencia del supuesto narrado en el Recurso de Apelación n.º 81-2022/Lima Este, el objeto no fue obtenido sin el permiso o conocimiento de la investigada, sino

⁵ NEYRA FLORES, José Antonio. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Editorial Moreno, p. 682.

⁶ SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Resolución del tres de julio de dos mil tres, Expediente n.º 21-2001, fundamento octavo.

que en el presente caso la investigada voluntariamente entregó su celular como regalo a su prima Jackeline Kleey Roncal del Castillo, sin borrar las conversaciones que tenía en dicho equipo con el investigado Guillermo Martín Herencia Gambetta —conforme a la declaración jurada del siete de enero de dos mil dieciséis suscrita por Roncal del Castillo—. Por ende, renunció a la propiedad de dicho bien asumiendo el riesgo de que la información contenida en este sea expuesta a terceras personas.

- 6.17.** Como bien ha señalado la representante del Ministerio Público, no existe una denuncia por robo o pérdida de equipo celular que acredite que la obtención del móvil de propiedad de la investigada fue ilegal. Al contrario, existe la declaración de su prima Jackeline Kleey Roncal del Castillo, quien narró la forma en que voluntariamente el celular le fue entregado con la información que hoy se cuestiona, así como su intención de que dicha información sea utilizada en beneficio de su sobrino, para que su padre —Javier Zapata López— tome las acciones legales correspondientes.
- 6.18.** Por lo tanto, como bien ha sido indicado antes por esta Sala Suprema en el Recurso de Apelación n.º 33-2021/Ayacucho, si bien “en la mayoría de casos donde ha resultado aplicable la teoría del riesgo es cuando uno de los interlocutores es quien graba la conversación para exponerla en el proceso, no significa que este sea el único supuesto, por cuanto, no es la única forma en que el sujeto imputado se pueda generar su propio riesgo”.
- 6.19.** En el presente caso, la recurrente tenía pleno conocimiento de que la información privada consistente en las conversaciones sostenidas con su coinvestigado estaba siendo expuesta a una tercera persona al momento en que entregó voluntariamente su celular, renunciando incluso a su propiedad, por lo que debía asumir en ese caso su propio riesgo causado. En concordancia con este criterio, ha habido pronunciamiento en los Tribunales españoles —STC 218/2007—, y el razonamiento lógico es que, si uno de los interlocutores ha dado permiso a un tercero para tener acceso a las comunicaciones recibidas, en consecuencia no se afectaría el derecho al secreto de las comunicaciones.
- 6.20.** Si bien en toda colisión de derechos fundamentales cabe una ponderación basada en el test de proporcionalidad, lo que sería sopesar entre el derecho al secreto de las comunicaciones versus el derecho a probar, la búsqueda de la verdad y el interés público de persecución penal por parte del Ministerio Público, resulta irrelevante la ponderación ante la evidente exposición del derecho al secreto de las comunicaciones.

6.21. En consecuencia, al no verificarse la vulneración de los derechos fundamentales, no resulta viable amparar la solicitud de tutela de derechos planteada por la recurrente, por lo que se debe confirmar la decisión del *a quo* de declarar infundada dicha solicitud.

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 investigada **Cristal Mendoza del Castillo**; en consecuencia, **CONFIRMARON** la resolución expedida el cinco de julio de dos mil veintidós por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria para Procesos por Delitos de Función de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró infundada su solicitud de tutela de derechos, en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública-cohecho activo específico —artículo 398 del Código Penal—, en agravio del Estado.
- II. DISPUSIERON** que la presente resolución se notifique a todas las partes apersonadas en esta sede suprema y que, acto seguido, se publique en la página web del Poder Judicial.
- III. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para que proceda conforme a ley.

Intervino el señor juez supremo Cotrina Miñano por vacaciones de la señora jueza suprema Carbajal Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

IASV/ylac