



Respecto de la prueba prohibida

Sumilla. La configuración de prueba prohibida requiere la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. La sola ausencia de notificación no implica necesariamente la vulneración el derecho de defensa, sino que debe analizarse la existencia de una afectación real y concreta del derecho de defensa o una actuación arbitraria o indebida del órgano persecutor.

AUTO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN N.º 5

Lima, veinticinco de setiembre de dos mil veinte

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del investigado **JORGE ALFONSO ALEJANDRO DEL CASTILLO GÁLVEZ** contra la Resolución N.º 3, del 19 de febrero de 2020 (fojas 59 al 106), mediante la cual el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (en adelante, JSIP) declaró infundada la solicitud de tutela de derechos, en la investigación preliminar seguida contra el citado imputado, en calidad de autor de la presunta comisión de los delitos contra la administración pública —peculado, contra la fe pública—, falsedad ideológica y falsedad genérica, y otros delitos que resulten de la investigación, en agravio del Estado.

Interviene como ponente en la decisión la señora **BARRIOS ALVARADO**, jueza de la Corte Suprema, integrante de la Sala Penal Especial.



I. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. Mediante Disposición N.º 1, del 1 de abril de 2019, la Fiscalía de la Nación dispuso requerir al entonces congresista de la República, Jorge Alfonso Alejandro del Castillo Gálvez, un informe de descargo respecto a los hechos propalados el domingo 31 de marzo de 2019, en un noticiero cuyo reportaje titulaba "Trabajadora fantasma en el Congreso - Asesora cobró sin trabajar en despacho de Jorge Del Castillo", referidos a los presuntos hechos ilícitos relacionados con el indebido pago a una funcionaria asignada al despacho del investigado Del Castillo Gálvez¹.

1.2. Mediante Disposición N.º 2, del 11 de julio de 2019, la Fiscalía de la Nación dispuso no ha lugar para promover investigación preliminar contra Del Castillo Gálvez por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en agravio del Estado².

1.3. Por Disposición N.º 4, del 9 de diciembre de 2019, la Fiscalía de la Nación dispuso la reapertura del presente caso seguido contra Del Castillo Gálvez por delito contra la administración pública e iniciar investigación preliminar por la presunta comisión del delito contra la administración pública —peculado—, en agravio del Estado³.

1.4. Por escrito del 10 de diciembre de 2019, el investigado se apersonó ante el Ministerio Público y acreditó a sus abogados defensores, señaló domicilio procesal, correo electrónico y teléfono de contacto⁴.

1.5. El 20 de diciembre de 2019 (en mérito a la programación a través de la Providencia N.º 8, de 11 de diciembre de 2019), se recibió la

¹ Ver foja 151.

² Ver foja 153.

³ Ver foja 156.

⁴ Ver foja 159.



declaración testimonial de Dianne Melinne Monge Berrocal, con participación del abogado del indagado Del Castillo Gálvez⁵.

1.6. El 23 de diciembre de 2019 se realizó la diligencia de extracción y aseguramiento de la información digital de una tablet marca Lenovo modelo YT3-X50F⁶ y de una cámara digital⁷.

1.7. Por Disposición N.º 5, del 9 de enero de 2020, la Fiscalía de la Nación dispuso ampliar la investigación preliminar seguida contra Del Castillo Gálvez, por hechos que configurarían los delitos de falsedad ideológica, falsedad genérica u otros delitos que resulten de la Investigación en agravio del Estado⁸.

1.8. Mediante escrito del 23 de enero de 2020, el abogado del indagado Del Castillo Gálvez solicitó a la Fiscalía de la Nación la nulidad absoluta de la diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una Tablet marca Lenovo modelo YR3-X50F y de la diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una cámara digital Samsung, asimismo, la exclusión de las pruebas consistentes en los audios obtenidos en las diligencias de extracción y aseguramiento digital⁹.

1.9. Mediante Disposición N.º 6, del 4 de febrero de 2020, la Fiscalía de la Nación declaró infundada la nulidad de las diligencias y la exclusión de medios probatorios¹⁰.

⁵ Ver foja 160.

⁶ Ver foja 169.

⁷ Ver foja 176.

⁸ Ver foja 180.

⁹ Ver foja 13.

¹⁰ Ver foja 185.



1.10. Por Disposición N.º 7, del 4 de febrero de 2020, la Fiscalía de la Nación declaró compleja la investigación preliminar y fijó el plazo de ocho meses¹¹.

1.11. Mediante escrito del 10 de febrero de 2020, la defensa técnica del indagado Del Castillo Gálvez solicitó al juez de investigación preparatoria tutela de derechos por afectación del derecho a la defensa generada por la Fiscalía de la Nación, al haber rechazado su pedido de nulidad absoluta de la diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una tablet marca Lenovo, modelo yr3-x5OF y de la diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una cámara digital Samsung. Asimismo, haberle negado la exclusión de las pruebas consistentes en los audios obtenidos en las diligencias de extracción y aseguramiento digital¹².

1.12. Tramitado dicho pedido mediante Resolución N.º 1¹³, del 10 de febrero de 2020, y mediante Resolución N.º 2¹⁴, del 12 de febrero de 2020, se aclaró como fecha de audiencia de tutela de derechos el 17 de febrero del mismo año, la cual se llevó a cabo con normalidad, según consta en el acta de registro de audiencia pública de tutela de derechos¹⁵. Por Resolución N.º 3, del 19 de febrero de 2020, el JSIP resolvió declarar infundada la solicitud de tutela de derechos, en la investigación preliminar seguida en su contra, en calidad de autor de la presunta comisión de los delitos contra la administración pública –peculado, contra la fe pública–, falsedad ideológica y falsedad

¹¹ Ver foja 188.

¹² Ver foja 02.

¹³ Ver foja 19.

¹⁴ Ver foja 28.

¹⁵ Ver foja 36.



Genérica, y otros delitos que resulten de la investigación, en agravio del Estado¹⁶.

1.13. Mediante escrito del 25 de febrero de 2020, la defensa técnica del investigado interpone recurso de apelación contra la Resolución N.º 3¹⁷.

1.14. Mediante Resolución N.º 4, del 27 de febrero de 2020, el JSIP concedió y elevó a esta Sala Suprema el presente incidente para el pronunciamiento respectivo¹⁸.

1.15. Mediante Resolución N.º 1, del 4 de marzo de 2020, esta Suprema instancia dispuso devolver el cuadernillo al JSIP, a efecto que se subsane una omisión advertida¹⁹.

1.16. Mediante Resolución N.º 6, del 8 de julio de 2020, al recabarse los documentos pertinentes, el JSIP elevó el presente incidente a esta Sala Penal para el respectivo pronunciamiento²⁰.

II. PRETENSIÓN Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO FORMULADO

En su escrito de foja 112, la defensa técnica del investigado Jorge Alfonso Alejandro del Castillo Gálvez solicita como pretensión concreta que se revoque la alzada, se declare fundada la tutela de derechos y, consecuentemente, se declare la nulidad absoluta de: **i.** La diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una tablet marca Lenovo, modelo YR3-X5OF, **ii.** La diligencia de extracción y aseguramiento digital de la información de una cámara digital Samsung. **iii.** La exclusión de los audios extraídos.

¹⁶ Ver foja 64.

¹⁷ Ver foja 112.

¹⁸ Ver foja 125.

¹⁹ Ver foja 140.

²⁰ Ver foja 195.



Para ello formuló los siguientes argumentos:

2.1. Señala que el juzgado se equivoca al considerar que las diligencias no fueron programadas con anticipación y por tanto no se notificó a la defensa técnica. El representante del Ministerio Público como guardián de la legalidad, tuvo la obligación, y tiempo suficiente para convocarlo, tal como se evidenció en la audiencia de tutela; las diligencias de extracción realizadas en horas de la tarde, se coordinaron en la mañana. El Juzgado no analizó correctamente esta situación que compromete severamente la actuación del Ministerio Público, quien tenía interés en que la defensa no participara de la diligencia y por eso la ocultó.

2.2. Que el artículo 164.2 del CPP permite que el testigo se presente espontáneamente, como sucedió, pero no autoriza a que no se notifique al investigado pasando por alto su derecho a la defensa, menos cuando existe el tiempo y los medios suficientes para realizar la convocatoria. Se le pudo notificar según lo establecido en el artículo 129.2 del CPP. Se le dejó en indefensión frente a un acto sustancial para el presente caso, como es corroborar la confiabilidad del contenido de los audios a través de las diligencias de extracción correspondientes.

2.3. Respecto a las diligencias de extracción y aseguramiento realizadas sin presencia de la defensa técnica por presentarse las circunstancias de urgencia y espontaneidad establecidas en la ley señala. “Era urgente que las diligencias se realicen el 23 de diciembre, por el viaje de la testigo, pero no era urgente que se realice a la hora en que la testigo se acercó a la fiscalía que fue por la mañana y por eso se programó para el mismo día, pero por la tarde”. Que no cuestiona la realización de la diligencia, sino el que no se convoque a la defensa para ejercer su



derecho fundamental a plenitud. No se explica por qué no se convocó a la defensa si existieron varias horas de diferencia entre la presentación de la testigo en la fiscalía por la mañana y la realización de las diligencias al final de la tarde, tiempo suficiente para convocar a la defensa del investigado.

Si la testigo tuvo el espacio para retirarse de la Fiscalía y regresar en horas de la tarde a la fiscalía, tuvo el mismo tiempo para notificar a la defensa y evitar afectar su derecho a estar presente en todos los actos de investigación.

El propio Juzgado, en sus fundamentos séptimo, octavo y décimo, apartado primero, reconoce que el derecho de defensa alcanza a todo estado del proceso, que implica la posibilidad de refutar y desvirtuar las pruebas de cargo y que el aseguramiento de la evidencia no impide el ejercicio del derecho de defensa. Este análisis contradice el fallo contenido en la resolución en donde se justifica de manera errónea el actuar de la fiscalía.

2.4. Con relación a que la testigo se sentía intimidada. No existe en la Carpeta Fiscal prueba alguna de amenaza a la testigo a través de las redes sociales. Tratándose del perfil del investigado y la coyuntura política de confrontación extrema, es evidente que se van a generar expresiones a favor y en contra. Las redes son incontenibles y actúan con la misma violencia contra todos los ciudadanos expuestos al escrutinio público, ello no se puede asumir como actos de violencia contra la testigo. Además, se debió ponderar que está en juego el derecho fundamental a la defensa de un personaje público con quien el cuidado debe ser además redoblado dadas las pasiones que se levantan. Ninguna expresión extrema en redes puede justificar dejar de



lado el cumplimiento de los procedimientos contemplados en la ley que garantizan el derecho a la defensa.

La testigo no ha identificado los números telefónicos de quienes supuestamente la amenazaron por chat o WhatsApp, lo que quita fuerza a la intimidación denunciada.

En cuanto a sentirse intimidada por las preguntas del abogado, resulta importante revisar las repuestas de la testigo. Es errada la conclusión del juzgado según la cual "es entendible que una persona que brinda un testimonio se sienta intimidada", al contrario, se trató del temor de quien se siente puesta en evidencia. La testigo asevera haber sido autorizada a trabajar desde España durante enero del 2019; sin embargo, no ha podido sustentar la manera de cómo dio cuenta del trabajo realizado. Los nervios de la testigo son reflejo de ser descubierta en su falsa coartada, ello no puede ser interpretado como una intimidación.

Tampoco puede ser entenderse como acto de intimidación la pregunta respecto a la existencia de los dispositivos originales, pues lo que se busca es la realización de pericias sobre las fuentes y no sobre copias que no gozan de seguridad.

Finalmente, el temor de la testigo debe sustentarse en hechos reales y no en suposiciones, no existe ningún elemento para considerar que el investigado haya amenazado a la testigo.

2.5. Respecto a que el representante del Ministerio Público procedió según sus atribuciones. Cuestiona que en el cumplimiento de ese deber no se respeten sus derechos fundamentales. Existió el tiempo suficiente para convocar a la defensa. No se puede convalidar esta afectación. Pese a que no confía en la veracidad de los audios obtenidos la única



manera de aceptarlos es participando de las diligencias, aun cuando lo correcto es que las escuchas y peritajes se hagan sobre las fuentes originales, como lo ha señalado su perito en el informe entregado en audiencia y que se encuentra mencionado en la resolución.

2.6. Referente a que no se ha producido alguna vulneración a sus derechos, ha demostrado la afectación a su derecho a la defensa, ha señalado puntualmente cada uno de los artículos del CPP que han sido vulnerados —I.3, II.1 y IX.1 del Título Preliminar, además de los artículos 65.4 y 84.4 del CPP—. Los cuales han sido incorporados a la ley en cumplimiento de la Constitución y los documentos internacionales con la finalidad de garantizar un derecho fundamental a la defensa, a través de la participación en todas las diligencias de investigación para garantizar la regularidad del procedimiento.

2.7. Sobre la exclusión de los audios extraídos, se violaron los principios de **mismidad e inmaculación de la prueba**, aspectos que no han sido desarrollados por la resolución impugnada. La testigo reconoció en su interrogatorio que empezó a grabar conversaciones a partir del 29 de marzo de 2019 y que mantuvo esa conducta en los días subsiguientes. Reconoció también haberlas escuchado y cambiado de equipo de teléfono posteriormente. Se puede considerar la posibilidad de una manipulación permanente y determinar que no existe ninguna confiabilidad en la autenticidad de los mismos ni en su identidad.

Los audios alcanzados constituyen evidencia digital que podría tener valor probatorio en la presente investigación. No obstante, para ello necesitan ser obtenidos y mantenidos de forma adecuada pues de lo **contrario podrían haber sido objeto de manipulación**, alteración o modificadas a través del uso de herramientas adecuadas que son



fáciles de obtener. En el presente caso resulta evidente que no se ha cumplido el protocolo establecido.

Las supuestas pruebas han sido obtenidas clandestinamente y preservadas sin ningún tipo de cuidado lejos del alcance de las autoridades, con la posibilidad de haber sido manipuladas para su alteración. Han sido manipuladas constantemente por la testigo y sometidas a transferencias a través de diversos dispositivos lo cual de ninguna forma garantiza el contenido que se pretende aseverar.

El Acuerdo Plenario N 6-2012/CJ-116 establece que, desde el principio de libertad probatoria, la autenticidad del cuerpo del delito exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación sea el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual se realizaron los análisis forenses o periciales. Debe existir certeza de la autenticidad del cuerpo del delito a fin de que sobre el mismo se puedan realizar las diligencias necesarias para que sirvan como prueba conducente a la comprobación del delito. No se puede pretender utilizar como pruebas los audios que no generan certeza por haber sido manipulados de manera constante durante nueve meses en los que no se generó una cadena de custodia. El mismo Acuerdo Plenario señala en su punto 10 que "Ha de garantizarse que desde que se recoge el cuerpo del delito hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio [...] es lo mismo".

El peritaje ofrecido precisa que para determinar la edición o manipulación de los audios debe contarse con las fuentes originales. Los exámenes especializados que pueden acreditar o desvirtuar lo afirmado deben ser sobre los equipos de los cuales se han extraído, no sobre las copias.



El Juzgado se sustenta en temas de carácter subjetivo para efectos de considerar posible la utilización de pruebas irregulares bajo el supuesto de una ponderación de bienes Jurídicos confrontados. Se vulnera el principio de no culpabilidad cuando se acepta la actuación de una prueba irregular por las condiciones personales del investigado.

III. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DEL JSIP

Respecto a lo alegado por el investigado, el JSIP fundamentó su decisión amparado en los siguientes argumentos:

3.1. Las diligencias cuestionadas no tienen carácter probatorio sino - principalmente- el de asegurar la evidencia para posteriormente realizar las pericias que disponga el Ministerio Público o las solicitadas por la defensa técnica. Ello siguiendo lo establecido en el artículo 325 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP).

3.2. Las diligencias cuestionadas por la defensa técnica fueron realizadas por el representante del Ministerio Público conforme a sus atribuciones y facultades de director de la investigación. En efecto en mérito del numeral 2 del artículo 330 del CPP, las diligencias son compatibles con la finalidad inmediata establecida en la Ley, ya que se trata de actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. Como expuso el Fiscal en audiencia pública, buscó asegurar debidamente dichos elementos materiales.

La calidad de urgencia en su realización tiene sustento en que Dianne Melinne Monge Berrocal, testigo en el presente caso, al rendir su declaración (20 de diciembre de 2019) señaló que tenía en su poder



grabaciones relacionados al hecho que se investiga y lo iba a hacer llegar oportunamente, asimismo, manifestó el temor que sentía.

3.3. En el mes de diciembre se celebran las fiestas de navidad, siendo feriado calendario el 25 de diciembre de cada año; por lo que, existía poco tiempo para realizar las diligencias, más aún, la testigo informó que retornaría a España. Efectivamente, según el oficio remitido por la Superintendencia Nacional de Migraciones (foja 184), está acreditado que la testigo salió del Perú con destino a España el 26 de diciembre de 2019. Por lo que, el 23 de diciembre de 2019, fecha en que se realizaron las diligencias, se encontraba próxima a la salida del país, siendo urgente y necesario recabar las grabaciones que guardan relación con la investigación.

3.4. Ahora bien, sobre la omisión de notificación de las diligencias a la defensa técnica. Debe tenerse en cuenta que dichas diligencias de extracción y aseguramiento no fueron programadas con anticipación. Las diligencias se realizaron por el apersonamiento voluntario y espontáneo de la testigo. De ello se dejó expresa constancia en las actas de extracción y aseguramiento.

De conformidad con el artículo 164 del CPP, el testigo puede presentarse espontáneamente. En este caso por su propia naturaleza (espontaneidad) depende de la voluntad del declarante apersonarse al despacho fiscal y el interés del fiscal como director de la investigación.

En caso de una declaración testimonial espontánea la norma procesal exige que tal circunstancia se haga constar en el acta respectiva.



3.5. Que se recibieron las grabaciones ante la concurrencia voluntaria y espontánea de la testigo, tal como regula el CPP y a efectos de garantizar el derecho de defensa del investigado, fue puesta a conocimiento de su defensa técnica.

En la etapa en que se encuentra el presente proceso el imputado puede solicitar todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, pues ante la existencia de las grabaciones extraídas y aseguradas la defensa técnica puede solicitar las diligencias de investigación respectivas. Siendo así, no se aprecia vulneración al derecho de defensa.

3.6. Los equipos de los cuales se extrajeron la información pertenecen a la testigo que según puso en conocimiento contiene información privada y su asentimiento para la extracción sólo se circunscribió a los archivos que guardan relación con la presente investigación. Si bien, como aduce la defensa, el representante del Ministerio Público pudo haber retenido los equipos y haber extraído toda la información contenida en ellos para tales efectos también se deben garantizar los derechos de dicha testigo, en cuyo caso, necesariamente debía instarse una autorización judicial (medida de levantamiento de secreto), ***cuya tramitación, ante la proximidad de su viaje al extranjero, la hubiese convertido en ineficaz.***

3.7. La testigo solicitó la medida de protección a su favor, precisando sentirse preocupada e intimidada y que teme por su integridad física así como la de sus familiares por las represalias que puedan tomar en su contra debido a que recibió amenazas por vía telefónica (Whatsapp)



por números desconocidos, recibió diversos ataques por redes sociales por desconocidos y personas identificadas en grupos de Whatsapp del partido aprista, por la forma en que el abogado del investigado hizo algunas preguntas reiteradas y de manera insistente sobre la ubicación de los aparatos con los que grabó la conversación, debido a las cuales pensaba que los podía sustraer y perderse la información.

3.8. En efecto, independientemente del trámite que corresponda respecto a la medida de protección solicitada, el abogado del investigado hizo referencia e incluso una recreación sobre su participación en dicha diligencia, alzó la voz y fue bastante enfático en sus intervenciones lo que pudo ser advertido por el magistrado en virtud del principio de inmediación, siendo así, por máximas de la experiencia, es entendible que una persona que brinda un testimonio se sienta intimidada. Además, debe considerarse la gravedad de los hechos investigados y la condición que tuvo el investigado como alto funcionario público y el tiempo que ha ejercido el cargo, lo que le permite contar con recursos económicos y contactos diversos, que por solo dicha circunstancia puede amedrentar o generar temor en los posibles testigos que pudieren declarar en su contra.

3.9. Sobre los demás cuestionamientos. Respecto a la fiabilidad de los audios extraídos, se programó la diligencia de escucha, transcripción y reconocimiento de voz, a cuya diligencia la defensa técnica solicitó participar con sus peritos de parte. Asimismo, de conformidad con el numeral 4 del artículo 337 del CPP, el imputado puede solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. A través de la tutela de derechos no se puede cuestionar la viabilidad o no de la información obtenido en una



diligencia fiscal. Ello será resultado de la propia actividad investigativa en la cual interviene la defensa técnica de forma activa.

3.10. Respecto del informe técnico ofrecido. Los archivos extraídos se encuentran debidamente lacrados, tal como se aprecia claramente en el cuaderno de evidencia. No deben ser confundidos con las copias efectuadas (así consta en las actas de las fojas 169 al 176) para fines de investigación. Asimismo, se procedió con la respectiva cadena de custodia, toma de fotografías y descripción del dispositivo del cual se extraía la información. Carece de relevancia las aseveraciones que efectuó el perito de parte respecto de la notificación pues no se encuentra acreditado que estén calificados para emitir dicho pronunciamiento. Y durante la diligencia realizada participó el respectivo perito en análisis digital forense cuyas opiniones diferenciadas podrán ser objeto de debate en el contradictorio.

3.11. Sobre la cadena de custodia. Contrario a lo afirmado por la defensa técnica, se aprecia claramente en el cuaderno de evidencias que se cumplió con el protocolo respectivo una vez extraídos los archivos. Hay que tener en cuenta que la cadena de Custodia no se materializa desde el momento que la testigo grabó la comunicación sino desde el momento que se recoge la evidencia (extracción de archivos por la fiscalía). Como lo ha establecido el Acuerdo Plenario N.º 6-2012/CJ-116, lo que se busca es garantizar la autenticidad de lo recogido hasta el momento del juicio. Aunque se produzca la ruptura de la cadena de custodia no implica vulneración de garantías constitucionales ni necesariamente su exclusión.

3.12. Sobre la imposibilidad de realizarse peritajes por no tratarse de fuentes originales. La defensa técnica se adelanta a los hechos, pues la



primera diligencia recién será programada, en dicho estado los peritos designados emitirán informe sobre dicha posibilidad.

3.13. Respecto a que las diligencias realizadas por el fiscal constituirían prueba prohibida. La denominación de la prueba prohibida es diversa, para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz. Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, tienen más bien una connotación de prueba irregular, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención. En el caso de la circunstancia planteada por la defensa técnica, no se trataría de prueba prohibida porque no se ha vulnerado algún derecho fundamental, en todo caso se trataría de una prueba irregular no amparable vía tutela de derecho, que no es el caso porque su realización se efectuó conforme lo regula la norma procesal. De otro lado, si se tratase de prueba prohibida, válidamente nos podríamos remitir a la doctrina de la Ponderación de intereses. Efectivamente, esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad", dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción o las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extracción. Este principio no hace lícita a la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen, en efecto se entiende que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Intereses de mayor intensidad como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja. Atendiendo la gravedad de los hechos que involucran a un



exalto funcionario público, la lucha contra la corrupción y la complejidad de los delitos contra la Administración Pública, cuya probanza se dificulta porque sus agentes tratan de evitar ser descubiertos borrando toda huella o rastro del presunto delito.

IV. ALEGATOS DE LAS PARTES DURANTE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

El 28 de agosto de 2020 se realizó la correspondiente audiencia de apelación del auto impugnado. Las partes refirieron, básicamente, los argumentos que se presentan a continuación:

4.1. Alegato de la defensa técnica

Se reafirmó en sus pretensiones y agregó lo siguiente:

- i)** El Ministerio Público realizó diligencias en horas de la tarde del 23 de diciembre de 2019, en una investigación en la que se encontraba acreditado, había participado de algunas diligencias, de modo que la fiscalía tenía su domicilio procesal, correo electrónico, todos los medios necesarios para comunicarse. Algunos otros actos ya habían sido comunicados por correo electrónico. La testigo se presentó en horas de la mañana para cumplir con su compromiso del día de su declaración señalando que quería coordinar la diligencia de extracción tanto de una Tablet como de una cámara.
- ii)** En la misma audiencia se enteraron de ello, el fiscal le explicó al juez que las coordinaciones se realizaron en horas de la mañana, es decir, con varias horas de anticipación a la diligencia. En otras diligencias la fiscalía había coordinado con la defensa diversos otros casos, pero en este caso no se les dijo absolutamente nada. Tenían la posibilidad de estar en la diligencia y participar, ejerciendo así de manera plena su derecho a la defensa.



- iii)** No se cuestiona la capacidad de la fiscalía para desarrollar actos de investigación, lo que se cuestiona es que se hagan a espaldas de la defensa. Una defensa que está acreditada y ha mostrado voluntad de participar en cada una de las diligencias. Esta era una diligencia fundamental, la testigo declaró ante la fiscalía que había grabado conversaciones desde tiempo atrás, las había escuchado varias veces, las había pasado de un dispositivo a otro, por tanto, el dispositivo que trajo no era el dispositivo original, inclusive que había compartido esa información con una periodista y lo había escuchado con terceras personas. Es decir, no había confiabilidad de que se tratara de la información original. Lo que se ha cuestionado es que no existe confiabilidad por lo reconocido por la propia testigo.
- iv)** Por eso era importante que la defensa participe de esta diligencia. Desde su punto de vista, había otras versiones que se encontraban probablemente en los mismos dispositivos, por eso considera que la fiscalía pudo haber solicitado una autorización para acceder a los equipos y hacer una investigación mayor, sin embargo, nada de esto se le permitió.
- v)** El juzgado ha señalado que podría tratarse de una prueba irregular, pero se ha hecho referencia a resoluciones de la propia Sala Penal especial donde se señala que es posible a través de una tutela controlar una actuación defectuosa, incluso una disposición fiscal, cuando resulta manifiesta la vulneración de alguno de los derechos reconocidos a favor del imputado.
- vi)** Si la fiscalía quiere llegar a la verdad lo que tiene que hacer es respetar el derecho a la defensa del imputado. Solo han pedido participar de todas las diligencias, esta no es una diligencia reservada, nunca sacó una disposición señalando ello, simplemente decidió no comunicar a la defensa la realización de esta diligencia. La resolución



del Juzgado resulta siendo una suerte de patente de corso para decirle al Ministerio público que no interesa soslayar el derecho de defensa ¿Dónde quedan los principios procesales, los derechos fundamentales reconocidos por el CPP, por la Constitución, por la Jurisprudencia, por los Acuerdos Plenarios? Si finalmente una resolución judicial dice que no interesa convocar a la defensa.

vii) Existe claridad en que la fiscalía no los notificó, tenían tiempo suficiente para hacerlo, tenían los mecanismos para hacerlo, se escondió la diligencia para que la defensa no pueda estar presente, aspectos desconocidos por la defensa salieron a la luz en la audiencia donde la fiscalía reconoció que no había motivado la diligencia como reservada, que la había coordinado en horas de la mañana sin comunicar a la defensa. Se ha violado un derecho fundamental. Pide se revoque la resolución emitida y se declare fundada su nulidad respecto a la diligencia cuestionada. Si la fiscalía considera que tiene que volver a hacer la diligencia con la presencia de la defensa técnica no se opone a ello.

viii) Al momento de la réplica, sostuvo que, no hay suspicacia en su aseveración al señalar que la diligencia fue coordinada en horas de la mañana, eso lo señaló el fiscal en la audiencia ante el juez supremo de investigación preparatoria. Respecto a que existió una defensa intimidante, ello no es verdad, no desea profundizar en la actitud complaciente del Ministerio Público ante la testigo. Se señaló que existen amenazas, pero no existe ningún elemento en la carpeta. El fiscal ha reconocido que no se convocó a la defensa. No es correcto que la fiscalía no pueda solicitar una autorización pues en la práctica se emiten en cuestión de minutos, la ley le faculta al fiscal hacer requerimientos verbales. Desde la mañana hasta la tarde hubo muchas horas para solicitar una autorización. Si la Fiscalía consideraba que



había elementos para que fuese una diligencia reservada no se emitió ninguna disposición en ese sentido, pese a que la fiscalía por ley y por práctica puede hacerlo. La Sala tiene la oportunidad de corregir el error del juzgado declarando fundado su pedido. Hubo varias horas para convocar a la defensa por teléfono, eso no lo van a poder borrar y es una vulneración a un derecho fundamental.

ix) No ha tenido información del incidente de protección, desea precisar que cuando concurre a la fiscalía no se le otorgan todas las carpetas. Se ha calificado su conducta como intimidante en relación a la testigo, pero se debe tener en cuenta la conducta del fiscal ante la testigo durante la diligencia, pero reconoce no haber dejado constancia de ello en el acta respectiva. Cuando la testigo señala mensajes atemorizantes se refiere a terceros, no se refiere a la defensa o al investigado. La diligencia de extracción de información no necesita la presencia de la testigo sino del bien donde se hizo la grabación, eso es lo que han requerido. Su fundamento tiene que ver con la versión de la propia testigo donde precisó que realizó la grabación anteriormente, la escucho varias veces, la compartió, la transfirió.

4.2. Alegato del representante del Ministerio Público

i) Es suspicaz la aseveración de que se coordinó por la mañana la presencia de la testigo. Solo está el dicho del abogado que dijo que escuchó ello cuando salió de la audiencia. Cuando la testigo estuvo en la fiscalía nunca se coordinó la diligencia que ahora se cuestiona. La testigo se presentó el viernes 20 de diciembre de 2019 para rendir su declaración, ahí mencionó que tiene este material y podría ponerlo en conocimiento de la investigación, asimismo, estuvo la defensa presente, fue insistente en su interrogatorio llegando incluso a intimidarse la



testigo, conforme así lo manifestó el 23 de diciembre de 2019 cuando se apersonó a la fiscalía a las 11:42 horas de la mañana para pedir protección, este día la testigo precisa haber recibido amenazas vía Whatsapp. Esto es importante, tenemos una testigo atemorizada, tiene miedo de dar a conocer cuándo se va a presentar con el acervo de audio y video porque piensa que la iban a interceptar y sustraer dichos materiales, por lo que era razonable que no dé luces que día iba a proporcionar este material. Luego, terminada esa diligencia, de manera espontánea ella reaparece el mismo día a las 2:20 de la tarde. Si nos vamos a una secuencia lógica y normal de una persona atemorizada, llega ve el terreno, ve si hay peligro y regresa. Es lo que ha ocurrido y no una coordinación como ha dicho la defensa. La testigo precisó que no podía entregar el soporte material (Tablet y cámara) porque tenía contenido privado que no desea se ventile.

ii) Día 24 celebración de nochebuena, día 25 navidad, día 26 se fue a España, eso es lo que ocurrió en la realidad. Estamos hablando de diligencias que no han sido programadas, no hay ninguna disposición fiscal que disponga la realización de dicha diligencia y ameritara notificar, dicha situación escapaba del dominio de la fiscalía. Se recibió las grabaciones ante la concurrencia voluntaria y espontanea de la testigo tal cual lo regula el artículo 164 del CPP. Es razonable que ella cautele su integridad ante las amenazas y no avise el día ni la hora en que se iba a presentar a la fiscalía.

iii) La extracción se realizó sin la presencia de la defensa al presentarse las circunstancias de urgencia y espontaneidad del artículo 330 del CPP, el cual señala la finalidad de las diligencias preliminares como el realizar las diligencias urgentes e inaplazables. Así lo indica Neyra Flores en su Manual donde nos precisa que las diligencias preliminares son la primera etapa del proceso en virtud de las cuales el



fiscal está facultado de seleccionar los casos que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone una investigación preliminar para reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos reunir la prueba mínima.

iv) Era un acto urgente, se iba la testigo a España, tenía miedo, no se vulneró el derecho de defensa, ocurrió por la necesidad de urgencia y era inaplazable. La tablet y la cámara son bienes propios, para la que la fiscalía pueda quedarse con ellos necesita la autorización de la testigo o una autorización judicial, como se iba a realizar en ese momento una autorización judicial para que en el día se entregue dichos soportes, ello escapaba de las posibilidades fácticas según la realidad el sistema de justicia.

v) Es importante precisar que existió una custodia, obran copias de archivos lacrados y otro sin lacrar, se garantizó la presencia de los peritos de la defensa en la audiencia de escucha que se realizó el 04 de marzo, la cadena de custodia no garantiza la calidad ni cantidad de la evidencia sino la identidad de ella, que la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate. No se puede decir que como la testigo fue quien dio origen a esa fuente de prueba desde ahí ameritaba una cadena de custodia, la cadena de custodia nace desde el momento que llega a manos de las autoridades. Por todo ello, solicita se confirme la resolución impugnada.

vi) Al momento de la réplica solicitó que se recabe de la audiencia de primera instancia, para verificar el dicho de la defensa técnica. Respecto a las amenazas, es complicado incidir en el tema emocional de la testigo, pero ello consta en el acta que corre en el incidente a foja 44, ahí menciona como se sintió amenazada y amedrentada por la defensa, asimismo, en su declaración del 20 de diciembre se abstuvo de responder las preguntas de la defensa indicando expresamente que lo



hacía por su seguridad, de ahí se percibe que estaba atemorizada. No se ha vulnerado ningún derecho, lo que pudiera haber ocurrido, en un supuesto negado, es una omisión de notificación, un atentado contra una norma procesal, se entraría al ámbito de la prueba irregular, para lo que se debía tener en cuenta el fundamento vigésimo y vigésimo primero de la casación N.º 591-2015 para verificar si existe una vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental lo que no ocurre en el presente caso.

vii) Ante las preguntas de los integrantes del colegiado señaló que a solicitud de la testigo se le inició el trámite para que pueda ser un testigo protegido y ello se inicia con el acta fiscal a fojas uno del incidente cuando ella se presenta el 23 de diciembre a solicitar protección, el tema de la corroboración no lo tiene a la mano debe estar en el expediente correspondiente a la protección de testigos. Lo hará llegar a la Sala a la brevedad. La propia testigo mencionó la conducta de la defensa cuando solicitó la protección, el propio Juzgado ha hecho mención en la resolución impugnada, basándose en el principio de inmediatez, de la conducta vehemente del abogado de la defensa lo que guardaría relación con la conducta que señala la testigo en el acta. Cuando la testigo acude el 20 de diciembre a rendir su declaración y se hizo referencia a los instrumentos que contenían las grabaciones no se realizó la providencia respectiva por el poco tiempo que transcurrió antes de que la testigo se apersonara espontáneamente. La testigo manifestó que entregaría los audios, pero nunca precisó fecha. Con mayor certeza, ha corroborado que se tienen las capturas del WhatsApp de la testigo, hay una carpeta formada en la unidad de protección de víctimas y testigos, asimismo, que no hubo ninguna coordinación por lo que solicita se requiera el audio de primera instancia.

viii) 4.3. Alegato de la representante de la Procuraduría Pública

La resolución Venida en apelación se encuentra debidamente motivada. Ante los argumentos de la defensa técnica manifiesta que la alegada vulneración de derecho de defensa es muy amplia, no se ha señalado que tipo de derecho de defensa se le ha vulnerado con dicha diligencia. La fiscalía ha explicado muy bien las circunstancias tiempo y modo en cómo se desempeñó. Considera que la resolución debe ser confirmada en todos sus extremos.

V. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante, SN)

§. NORMATIVA RELEVANTE

5.1. Entre las normas de la Constitución Política del Perú relevantes en el presente caso, tenemos:

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. [...]

5.2. Entre las normas del CPP relevantes vinculados a la prueba prohibida tenemos:

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:

[...]

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

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.

5.3. Entre las normas del CPP relevantes en el presente caso, tenemos:

Artículo 65. La investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal.

1. El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, **deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos**, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. [...]

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.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

- a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
- f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.



3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

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. [Resaltado agregado]

Artículo 164. Citación y conducción compulsiva. -

[...]

2. **El testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.** [...]. [Resaltado agregado]

Artículo 330 Diligencias Preliminares. -

[...]

2. Las **Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables** destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como **asegurar los elementos materiales de su comisión**, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente. [...]. [Resaltado agregado]

Artículo 337. Diligencias de la Investigación Preparatoria

1. El Fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.

[...]



4. **Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles** para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. [...]. [Resaltado agregado]

5.4. Mediante Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116, se precisó que:

8º. **En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional**, como en otros contados modelos procesales, **un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público** -distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales-(verbigracia: artículo 15º.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal). [...]. [Resaltado agregado]

Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. [...]

9º. Es evidente, asimismo, que **no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP**, puesto que se trata de un presupuesto procesal -bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N° 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010 cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino "sospecha suficiente" [...].

Así las cosas, se entiende que el párrafo 14 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/C-116 limita **el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de "residual"**, a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71º NCPP, y que el párrafo 18º fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP. [...]. [Resaltado agregado]

5.5. Mediante Acuerdo Plenario N.º 6-2012/CJ-116, se precisó:

10.º Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria, que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, **exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual si correspondiere se realizaran los análisis forenses o periciales, y se establecerán los vínculos o inferencias respectivas** (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), **y el mismo que se exhibe en el juicio oral. Ha de garantizarse que desde que se recoge el cuerpo del delito hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del órgano jurisdiccional, es lo mismo.**
[Resaltado agregado]

5.6. La Casación N.º 528-2018/Nacional señala, respecto a las diligencias preliminares, que:

Tercero. Las diligencias preliminares, entonces, se trata de una sub fase donde la actuación de la Fiscalía, apoyada en ocasiones por los órganos policiales, **se dirige a realizar actos de investigación "destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión,** individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados. Y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlos debidamente. (artículo 330.2 del Código Proceso Penal).
[...]

Quinto. Una real comprensión del significado de actos urgentes e inaplazables se da con la observancia conjunta de la finalidad inmediata de las diligencias (establecer la materialidad del delito, **asegurar los elementos materiales de comisión** e individualizar a los presuntos responsables) ligada al propósito ulterior de las mismas (reunir los elementos que permitan estimar si se formaliza o no la Investigación preparatoria), conforme a una interpretación sistemática de los incisos 1 y 2 del artículo 330 del Código Procesal Penal, que permite sostener la premisa conclusiva de que las diligencias preliminares sirven para determinar si el fiscal debe o no proceder con la promoción de la acción



penal-propósito último-; por lo que **resulta evidente la importancia de que las diligencias preliminares cumplan su finalidad inmediata pues solo de esta forma se habilitan las herramientas que permiten al fiscal decidir justificadamente si se presenta un proceso penal viable.** [Resaltados agregados]

§. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

5.7. Derecho de defensa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que²¹ el derecho de defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional especificó que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso²². Así también, ha precisado que queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos²³; sin embargo, no cualquier imposibilidad de ejercer

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela (fondo, reparaciones y costas), fundamento jurídico vigésimo noveno.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 3571-2015-PHC/TC, fundamento jurídico sétimo.

²³ *Ibidem*, fundamento jurídico décimo.

tales medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo²⁴.

5.8. Tutela de derechos

Mediante Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, se precisó:

5. El artículo 71º del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada Audiencia de tutela.

[...]

11º. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes.

[...]

14º. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º numerales del 1 al 3 del NCPP.

VI. ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

§. DE LA PRUEBA PROHIBIDA

6.1. La alegación central de la defensa se orienta a cuestionar la diligencia de extracción y aseguramiento de la información digital de una tablet marca Lenovo, modelo YT3-X50F²⁵, y de una cámara digital, cuyas actuaciones califican como prueba prohibida. El proceso penal tiene como objetivo la búsqueda de la verdad material —entiéndase

²⁴ *Ibidem*, fundamento jurídico sexto.

²⁵ Ver foja 169.



verdad judicial—, lo cual se logra a partir de recabar elementos de convicción que, posteriormente, serán considerados medios probatorios, según sea actuado en el juicio oral y siempre que cumpla con los requisitos legales y constitucionales. No obstante, dicha búsqueda debe realizarse observando estándares constitucionales que la dotan de legitimidad. La inobservancia de esta premisa de legitimidad es la que da origen a la denominada prueba prohibida.

6.2. Es cierto que resulta inevitable que durante la recepción de elementos de convicción se restrinjan, en mayor o menor medida, ciertos derechos fundamentales del imputado. Desde esa perspectiva, no toda limitación de un derecho fundamental implica automáticamente la configuración de una prueba prohibida, sino que, siguiendo lo establecido en el inciso 2 del artículo VIII del título preliminar y el inciso 1 del artículo 159 del CPP, será la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona lo que sustenta —en tanto constituirá prueba prohibida— su carencia de efectos legales.

6.3. La prueba prohibida constituye un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba, pues su actuación debe llevarse a cabo conforme a los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. De ahí se justifica su exclusión —por violación al contenido esencial de un derecho fundamental—, pues colisiona con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

Deriva de la norma constitucional que no tiene efecto legal el acto que se lleva a cabo violando garantías previstas en la ley —véase, por ejemplo, los incisos 10 y 24 (literal h) del artículo 2 de la Constitución

Política del Perú²⁶— porque esto implica una vulneración al contenido esencial de un derecho fundamental, en cuyo caso podemos decir que se trata de supuestos tasados de prueba prohibida. Sin embargo, no son los únicos supuestos, pues —como se precisó en el párrafo anterior— hay otras vulneraciones de derechos fundamentales que pueden dar lugar a una prueba prohibida, indistintamente de que no exista un supuesto normativo que taxativamente establezca dicha consecuencia. Nos referimos a supuestos no tasados en los cuales se deberá verificar, según los hechos del caso concreto, la concurrencia de una efectiva afectación al contenido esencial del derecho fundamental que se alega como vulnerado.

§. DE LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA

6.4. En el presente caso, el recurrente invoca vulneración del derecho de defensa, en tanto no se le notificó oportunamente para que su defensa técnica estuviese presente en la realización de dos actos de

²⁶Artículo 2º. - 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. 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.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

[...]

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

investigación —extracción y aseguramiento de información de una tablet marca Lenovo, modelo YT3-X50F²⁷, y de una cámara digital²⁸—. Para determinar si nos encontramos ante un supuesto de prueba prohibida, evaluaremos si en el caso concreto se produjo una efectiva afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa.

6.5. El recurrente señala que la vulneración del derecho de defensa se efectuó porque: **i)** En virtud de los artículos I.3, II.1 y IX.1 del Título Preliminar, además de los artículos 65.4 y 84.4 del CPP, el derecho de defensa implica la posibilidad de intervenir en toda diligencia y etapa del proceso penal, en igualdad de condiciones con el representante del Ministerio Público; **ii)** se le debió y pudo notificar sobre la realización del acto de investigación cuestionado; y, **iii)** se le dejó en indefensión para corroborar la confiabilidad del contenido de los audios. Estas alegadas vulneraciones —señala— se efectuaron por una ausencia de notificación para la participación de un acto de investigación. De ahí que el ámbito de análisis debe circunscribirse, en primer término, a la relevancia de dicha ausencia de notificación y, a partir de ella, constatar la verdadera afectación que se hubiese producido al derecho de defensa.

6.6. Al respecto, el Tribunal Constitucional hizo notar, en la resolución del Expediente N.º 4303-2004-AA/TC, del 13 de abril de 2005, que la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera por sí mismo una violación del derecho de defensa, sino que se debe acreditar que con la falta de una debida notificación se ha visto

²⁷ Ver foja 169.

²⁸ Ver foja 176.



afectado, de modo real y concreto, el derecho de defensa. En posterior jurisprudencia²⁹, se especificó que el contenido esencial del derecho de defensa se afecta cuando, en el seno de un proceso judicial, a cualquiera de las partes se le impide, por concretos actos de los órganos judiciales, ejercer los medios necesarios suficientes y eficaces para defender sus derechos legítimos, sin embargo, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo.

6.7. Siguiendo el razonamiento del máximo intérprete de la Constitución, la mera ausencia de notificación alegada por el recurrente, por sí sola, no puede ser amparada como una vulneración del contenido esencial de su derecho de defensa, sino que, a criterio de esta Suprema Sala, debe verificarse, primero, si fue indebida y arbitraria la actuación del órgano persecutor; y, segundo, si ha visto afectado de modo real y concreto su derecho de defensa.

A. Análisis de la actuación del órgano persecutor

6.8. En el presente apartado, corresponde analizar la conducta del Ministerio Público según el modo específico en que se desarrollaron las diligencias que ahora se cuestionan, y determinar si se encontraba acorde a la normativa procesal que rige su actuación según el estado del proceso, para, en virtud de ello, concluir si nos encontramos ante una actuación indebida y arbitraria.

²⁹ Véase Expedientes N.ºs 0582-2006-PA/TC y 5175-2007-PHC/TC.



i) De las circunstancias en las que se produjeron las diligencias cuestionadas

- En este extremo es donde persiste una cuestión de hecho a determinar. Son hechos reconocidos y aceptados tanto por el Ministerio Público como por la defensa técnica que, el día 23 de diciembre de 2019, la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal se apersonó a la sede del Ministerio Público, en un primer momento, por la mañana; y, en un segundo momento, por la tarde. Fue en este último momento en que se realizaron los actos de extracción de información digital que ahora se cuestionan. La defensa técnica³⁰ adujo que, en la audiencia de primera instancia del presente incidente, el representante del Ministerio Público indicó que en horas de la mañana se programó que, durante la tarde del mismo 23 de diciembre, la testigo realice la entrega del material digital que efectivamente fue extraído, y que, en virtud de ello, se le debió y pudo notificar de la realización de dicho acto de investigación. Por su parte, el representante del Ministerio Público³¹, quien concurrió a la audiencia de apelación, negó la existencia de cualquier programación e insistió en la espontaneidad y urgencia con que se llevó a cabo el acto de investigación en comento.

Revisado el registro de la audiencia de primera instancia del presente incidente, a efectos de corroborar la versión de la defensa técnica, se

³⁰ Agravios que sustentan su recurso de apelación ratificados en la audiencia de apelación del presente incidente, según se aprecia del minuto 20 y siguientes del registro de video.

³¹ Minuto 29 y siguientes del registro de video de audiencia de apelación del presente incidente.



aprecia que en dicha esta oportunidad el Ministerio Público señaló textualmente que:

La señorita, hay que ser totalmente transparente, acá no hay nada ocultar, concurrió en realidad el día 23 de diciembre pero a horas 11:42, va sin los aparatos y nos dice tengo temor de que me sustraigan y yo voy a viajar en dos días [...]fue a solicitar una medida de protección porque consideraba que estaba en riesgo su integridad [...] cuando nos dice que tiene ese temor y que va a viajar en los próximos días dijimos antes que viajes tráenos los aparatos para realizar la extracción [...] volvió el mismo día 23 a las 2 y 20 minutos regresó trayendo la grabación³².

Conforme se aprecia, en la audiencia de primera instancia el representante del Ministerio Público no hizo, en ningún momento, referencia a un acuerdo, coordinación o programación de un acto de investigación, como aduce la defensa técnica; a penas se aprecia la realización de una invocación del Ministerio Público hacia la testigo sin que se pusiera fecha u hora para la realización de alguna diligencia. Pero ello no solo se respalda en lo dicho por el representante del Ministerio Público en la audiencia de primera instancia, sino también en las circunstancias de temor alegadas por la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal.

- a.** Conforme señala el Fiscal, la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal, el 23 de diciembre de 2019, a las 11 horas con 42 minutos, se presentó al despacho fiscal sin citación o programación previa a efectos de solicitar que se dicte a su favor una medida de protección, toda vez que se sentía intimidada y preocupada. Señaló que temía por su integridad física y la de su familia por las represalias que se puedan tomar en su contra, para

³² Minuto 38 y siguientes del registro de video de la audiencia de primera instancia del presente incidente, realizada ante el JSIP.

ello refirió que a raíz de la denuncia realizada contra el indagado Jorge Alfonso Alejandro del Castillo recibió amenazas mediante llamadas vía WhatsApp de números desconocidos y que luego de difundido el segundo reportaje, en la que desmintió la versión del citado investigado, recibió diversos ataques por las redes sociales de personas desconocidas e identificadas en los grupos WhatsApp que son del partido Aprista. Expresó también que por la forma en que el abogado del investigado le hizo preguntas reiteradas y de manera insistente sobre la ubicación de los aparatos con los que grabó la conversación, pensó que se los podían sustraer y perder la información tan importante para aclarar el caso. A ello agregó que era de su interés aportar información, por lo que, a fin de que su aporte probatorio no sufra interferencia alguna por acción u omisión de terceros ajenos a su voluntad, reiteró se le asigne las medidas de protección establecida en el artículo 247 del CPP. Así quedó registrado en el acta fiscal que obra a foja 44, del presente cuaderno, en el que además no consta (ni en ningún otro documento) que el fiscal haya agendado, programado o acordado día y hora de diligencia de la extracción cuestionada. A lo que añade que, en mérito a su solicitud se creó una carpeta en la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía³³.

- b.** El temor alegado por la testigo no es un argumento repentino al interior del proceso ni una mera afirmación del representante del Ministerio Público, sino que se advierte que cuando la testigo

³³ Tal como lo afirmaron los fiscales en la audiencia de primera y segunda instancia (ver minuto 35 con 55 segundos, y 1 hora con 9 minutos y 20 segundos de los videos, respectivamente).



rindió su declaración el 20 de diciembre de 2019, indicó que se abstenía de responder a las preguntas que le hiciera el abogado de la defensa por su seguridad e integridad³⁴. En la audiencia ante este Colegiado, el abogado del indagado reconoció el temor de la testigo, pero le otorgó un origen distinto al de las amenazas y cuestionó la existencia de elementos probatorios que sustenten el temor de la testigo. Al respecto, amerita precisar que, a efectos del presente incidente, no resulta relevante acreditar si la testigo se encuentra o no en un peligro real, sino únicamente verificar si efectivamente percibía dicho temor; ello a efectos de corroborar lo relatado por el representante del Ministerio Público respecto a las circunstancias de espontaneidad en que se realizaron las diligencias cuestionadas.

- c.** En ese contexto —tal como lo expresó el representante del Ministerio Público³⁵—, resulta razonable que la testigo, quien señaló que sentía temor, y en aras de cautelar su integridad, no diera a conocer de forma expresa ni precisa cuándo iba a presentar los dispositivos que contenían los audios y videos para entregarlos a la Fiscalía. En ese sentido, es de recibo considerar que cuando la testigo se retiró de la sede fiscal, en horas de la mañana del 23 de diciembre de 2019, el representante del Ministerio Público desconocía el momento en que la testigo concurriría a entregar los dispositivos o, inclusive, si efectivamente llegaría a entregarlos.

- d.** Es comprensible que, a las 14:20 horas, la testigo Monge Berrocal se haya presentado a la sede fiscal de manera imprevista con

³⁴ Ver declaración del 20 de diciembre de 2020, de foja 167 del presente cuaderno.

³⁵ Ver minuto 31 con 25 segundos del video de la audiencia de vista.

una tablet marca Lenovo, modelo YT3-X50F³⁶, y con una cámara digital marca Samsung³⁷, a efectos de que se extrajera de dichos dispositivos la información relacionada con los hechos que se investigan.

- e. Salvo el 23 de diciembre, a las 11:45 de la mañana, en que estuvo presente la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal en el Ministerio Público y que luego retornó en la tarde, no es posible a partir de ello hacer un juicio de inferencia y objetivamente establecer que fue una diligencia programada; más aún cuando el argumento del temor de la testigo estuvo presente desde el 20 de diciembre de 2019, fecha en que rindió su declaración testimonial.
- f. Constituye dato sustancialmente relevante que la testigo, el 23 de diciembre de 2019, en el momento que fue a pedir protección, puso en conocimiento del Ministerio Público que el 26 de diciembre de 2019 saldría del país por muchos meses —como lo afirmó el fiscal en la audiencia de primera instancia³⁸—. Asimismo, tal viaje está acreditado en el incidente con el reporte de migraciones citado en la alzada, a lo que se aúna que fue aceptado por la defensa técnica del indagado en la audiencia de vista³⁹, por lo que no hay controversia en este extremo.

El Ministerio Público, fácticamente, solo disponía del 23 de diciembre hasta antes del 26 de diciembre de 2019 (menos de tres días) para realizar la diligencia de extracción de información

³⁶ Ver foja 169.

³⁷ Ver fojas 176.

³⁸ Ver minuto 38 con 55 segundos del video.

³⁹ Ver minuto 53 con 10 segundos del video.

digital, por tanto, las fechas del 24 y 25 de diciembre, por ser festivas (Navidad), dificultaban la actuación con normalidad, por ende, el momento procesal de actuación adquiriría el carácter de urgente e inaplazable, como se revistió la realización de dicha diligencia, máxime, si lo que en realidad se hizo fue únicamente una diligencia de aseguramiento bajo los parámetros de la cadena de custodia y con la ulterior posibilidad de realizar la diligencia de transcripción y escucha con la garantía del debido conocimiento y oportunidad para señalar lo que estimare conveniente cada uno de los sujetos procesales.

Se resalta que la actuación procesal estuvo circunscrita a la extracción de información digital y no se llevó a cabo un examen para corroborar la confiabilidad del contenido o la autenticidad de los audios, que es el argumento central de la defensa para sustentar la indefensión invocada.

ii) De las normas procesales que regulan la actuación fiscal

- a. La Casación N.º 528-2018/Nacional⁴⁰ señala que el CPP divide la primera etapa del proceso penal ordinario en dos subfases denominadas diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada. Estas, aunque forman parte de un primer periodo

⁴⁰ Similar postura es la expresada en la **Casación N.º 318-2011/Lima**, fundamento 2.8, donde se destacó los tres fines de las diligencias preliminares: **i)** realizar actos urgentes sólo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles; **ii)** asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e **iii)** individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible.

procesal, han sido reguladas de manera independiente, atribuyéndose una finalidad específica a cada una.

- b. En la subfase de diligencias preliminares, la actuación de la Fiscalía se dirige a realizar actos **urgentes e inaplazables** de investigación destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como **asegurar los elementos materiales de su comisión**, individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.
- c. La realización de actos **urgentes e inaplazables**, a los que hace referencia el artículo 330.2 del CPP, está destinada a la consecución de los mencionados objetivos de naturaleza inmediata que, en la mayoría de casos, hace referencia a una actuación pronta del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú, a fin de apersonarse al lugar de los hechos y establecer la realidad del evento delictivo o impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores o se altere la escena del hecho criminal e **incluso recoger los elementos materiales probatorios y la evidencia física que le podría ser de utilidad**.
- d. Una real comprensión del significado de actos **urgentes e inaplazables** se da con la observancia conjunta de la **finalidad inmediata de las diligencias** (establecer la materialidad del delito, asegurar los elementos materiales de la comisión e individualizar a los presuntos responsables), ligada al propósito ulterior de las mismas (reunir los elementos que permitan estimar si se formaliza o no la investigación preparatoria), por lo que resulta evidente la



importancia de que las diligencias preliminares cumplan su finalidad inmediata, pues solo de esta forma se habilitan las herramientas que permiten al fiscal decidir justificadamente si debe o no proceder con la promoción de la acción penal⁴¹.

Esta actuación no es arbitraria, pues no puede realizarse cualquier acto procesal otorgándosele tal calidad, solo los que tengan tal connotación; en casos diferentes, el imputado, si considera que sus derechos no son respetados, puede, conforme al inciso 4, artículo 71, del CPP, acudir en vía de tutela al JSIP para que dicte las medidas de corrección o protección que correspondan.

- e. Atendiendo a las facultades del representante del Ministerio Público (titular de la acción penal y director de la investigación), a la subfase en la que se desarrollan estas indagaciones: diligencias preliminares, y a los fines de ella (establecer la materialidad del delito, asegurar los elementos materiales de comisión e individualizar a los presuntos responsables); a que las diligencias de extracción se llevaron a cabo por la concurrencia repentina de la testigo Dianne Melinne Monge Berrocal a la sede fiscal en horas de la tarde —pues objetivamente no hay prueba que determine lo contrario— y i) el carácter urgente e inaplazable por la cercanía de su viaje a Europa en fecha perentoria, ii) el temor referido por la testigo, y iii) los días festivos de Navidad —detallados en los apartados previos— que puso en

⁴¹ Conforme con una interpretación sistemática de los incisos 1 y 2 del artículo 330 del CPP, que permite sostener la premisa conclusiva de que las diligencias preliminares sirven para determinar si el fiscal acude a instancias judiciales a fin de promover la acción penal.

conocimiento al fiscal en ese momento —según así se afirmó este en la audiencia de primera instancia⁴²—, propiciaron la necesaria realización de aquellas diligencias (el recojo de la evidencia necesaria).

- f. El Protocolo de actuación interinstitucional para la aplicación de la incautación, comiso, hallazgo y cadena de custodia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que tiene por objeto fortalecer la actuación interinstitucional de los operadores del sistema de administración de justicia penal durante los procedimientos de incautación, comiso, hallazgo y cadena de custodia, en el acápite Subproceso 2 sobre incautación realizada por disposición fiscal, Paso 5-Actividad, señala:

En el desarrollo de una investigación, cuando se presenten razones de urgencia o peligro en la demora, el/la fiscal podrá disponer que el personal policial incaute los objetos, cuerpo, instrumentos, efectos o ganancias del delito, sin requerir orden judicial ni presentarse el supuesto de flagrancia.

Ello importa debido a que existe una habilitación para el Ministerio público en razón a la urgencia o peligro en la demora, advirtiendo que, en el presente caso, se hizo uso del formato establecido en el anexo 2, denominado acta de incautación-sin orden judicial (por peligro en la demora) y por disposición fiscal, evidentemente con el objetivo de preservar la cadena de custodia.

6.9. Por los motivos expuestos, las diligencias cuya nulidad se pretende, al haberse efectuado en consonancia con los fines previstos según la

⁴² Ver minuto 38 con 55 segundos del video.



etapa en que se encuentra el proceso, así como el contexto de espontaneidad y urgencia en que tuvieron que llevarse a cabo, no constituyen actuaciones indebidas ni arbitrarias.

B. Análisis de la afectación real y concreta del contenido esencial del derecho de defensa

6.10. En cuanto a que el acto cuestionado afectó de modo real y concreto su derecho de defensa, el recurrente alegó que se le dejó en indefensión para corroborar la fiabilidad del contenido de los audios extraídos. Al respecto, amerita precisar que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso⁴³.

6.11. En el presente caso, el carácter de urgencia e impostergabilidad para efectos únicamente del aseguramiento de la recepción de un elemento de juicio para los fines del proceso, en el contexto de los temores y solicitud de protección de la denunciante, así como un viaje inminente a Europa, justificaron razonablemente que se efectúe la diligencia sin dilación, bajo las pautas de la cadena de custodia que competen al Ministerio Público en su función de dirección de la investigación. Naturalmente, esta situación es diferente a la necesidad racional de que ulteriormente se proceda a la diligencia de

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 1323-2002-HC/TC, fundamento jurídico segundo.



transcripción y escucha de los audios con la debida notificación y participación, en su caso, de todos los sujetos procesales inmersos en la causa, como efectivamente sucedió.

En efecto, conforme a lo afirmado por el fiscal en la audiencia de vista y no contradicho por la defensa, en el minuto 37 con 40 segundos del video, se garantizó la presencia de los peritos de la defensa en la diligencia de escucha, transcripción y reconocimiento del material cuya nulidad se pretende, la cual se realizó el 4 de abril último, conforme se aprecia de la Providencia N.º 16, del 12 de febrero de 2020⁴⁴, en la que se tiene por designados a los peritos de la defensa para realizar la mencionada diligencia y el “Informe Técnico sobre tratamiento de muestras digitales, en el ámbito forense, solicitado por la defensa técnica de Del Castillo Gálvez”⁴⁵, del 17 de febrero de 2020.

6.12. En cuanto a la dimensión material del derecho a la defensa, esta se manifiesta en todo un catálogo de derechos también fundamentales: derecho a contar con un intérprete en caso no comprenda el idioma, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a la última palabra, entre otros, ninguno de los cuales ha sido alegado de modo específico por el recurrente.

6.13. Así pues, en puridad, se ha alegado una indefensión para corroborar la fiabilidad del contenido de los audios extraídos, cuando dicho contenido no fue evaluado ni reproducido en modo alguno en la diligencia que se cuestiona.

⁴⁴ Ver foja 193.

⁴⁵ Ver fojas 45-58.

6.14. La defensa alegó deficiencias en la cadena de custodia por parte de la Fiscalía, después de la extracción de la información —lo cual fue expresado como parte de los agravios en su escrito de apelación—. En el Acuerdo Plenario N.º 6-2012/CJ-116, en la sección “Cadena de custodia y efectos jurídicos de su ruptura”, se precisó de manera clara que la cadena de custodia no protege la cantidad ni la calidad de la prueba material sino la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate y que, en caso de su ruptura, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina necesariamente su nulidad, inadmisibilidad o inutilización. Esto es, el recurrente únicamente realizó agravios genéricos sin establecer de qué modo se vincularía una ruptura de la cadena de custodia, que incide únicamente en la identidad de la prueba material, con una vulneración del contenido esencial del derecho de defensa que es lo que reclama como sustento de su tutela de derechos. Tampoco se detalló de qué modo se habría producido la alegada afectación.

6.15. La defensa cuestionó el tratamiento de los archivos digitales por la testigo, antes de que se efectúe la extracción. Tanto en su recurso de apelación como en la audiencia realizada con ese motivo, la defensa técnica, en relación al material extraído, ha sido enfática al señalar que:

[...] la propia testigo [...] menciona que la grabación la hizo anteriormente, la escuchó varias veces, la compartió, la pasó a otro dispositivo, inclusive se la envió o se la transfirió a una periodista. Es decir, no se trata de un audio que, para nuestro punto de vista nos garantice confiabilidad, de su originalidad de la falta de manipulación. Por eso exigimos (al señor fiscal) que lo importante eran tener el aparato. Que los técnicos a la hora de analizar la computadora, la laptop, la Tablet, debían determinar y efectivamente o no manipulación



sobre esos audios. Que lo que ha recibido ahora la fiscalía señor es, lo que ella lo ha entregado. Un solo archivo. Sobre ese archivo hay una cadena de custodia, pero no sobre lo anterior⁴⁶.

Conforme se aprecia, lo que se cuestiona es la fiabilidad de la información extraída.

6.16. Cabe anotar que, en el ámbito del proceso penal, lo referido al juicio de fiabilidad —en tanto supone la verificación de la concurrencia de ciertos requisitos y de las características que debe cumplir el concreto medio de prueba para ser valorado por el juez a fin de que en condiciones de idoneidad tanto formal como material pueda servir para acreditar un enunciado fáctico⁴⁷— versa estrictamente respecto a aspectos de valoración probatoria. Estas alegaciones no son amparables en una solicitud de tutela de derechos, como es el presente caso, pues su finalidad esencial es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado, esto es, solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71, numerales 1 al 3 del CPP⁴⁸, no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria⁴⁹, por lo que cualquier intento de cuestionar por esta vía aspectos de valoración probatoria queda fuera de su ámbito de análisis y deben ser desestimados de plano.

⁴⁶ Ver hora 1, minuto 08, segundo 16 del video.

⁴⁷ Castillo Alva, José Luis. (2013). *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima: Grijley. p. 309.

⁴⁸ Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116, fundamento jurídico décimo cuarto.

⁴⁹ Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116, fundamento jurídico noveno.

6.17. Más aún si el recurrente, para cuestionar la fiabilidad probatoria de los elementos de convicción recabados —en su caso—, tiene las etapas de investigación preparatoria y etapa intermedia para introducir al proceso todos los elementos probatorios de parte que considere pertinentes —como ya lo viene haciendo a través de pericias de parte— e, inclusive, solicitar la realización de otros actos de investigación fiscal que coadyuven a su objetivo, además de la etapa de juicio oral —igualmente, en su caso—, en la cual corresponde, de modo específico, la valoración probatoria por parte del juez pertinente y podrá deducir sus cuestionamientos en torno a la fiabilidad del elemento probatorio recabado, por tanto, cuenta con los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses.

6.18. También se tiene en cuenta —como ya se dijo— que el acto específicamente realizado por el representante del Ministerio Público es una extracción de registro de audio, es decir, no se realizó ninguna verificación del contenido del mismo, sino únicamente se procedió a la recabación y aseguramiento —según corresponde a la etapa procesal en que se efectuó— de archivos informáticos, que es una diligencia en la que no resulta relevante los cuestionamientos de valoración probatoria (referidos a la fiabilidad) que tuviese la defensa técnica.

6.19. En este extremo, resulta relevante también lo que durante la audiencia de apelación la defensa técnica escuetamente refirió:

Habría otras versiones que se encontraban probablemente en los mismos dispositivos y por eso consideramos que en su momento pudo haber solicitado al juzgado prontamente, como lo hace en otras oportunidades, una



autorización para acceder a los equipos y poder hacer una investigación mayor, sin embargo, nada de esto se nos permitió⁵⁰.

6.20. Al respecto, es necesario precisar que, según lo establecido en el artículo 60 del CPP, el fiscal es quien conduce desde el inicio la investigación del delito, en función de los fines de cada etapa procesal, lo que en el caso de las diligencias preliminares —según se detalló en los párrafos precedentes— es el aseguramiento de los posibles elementos materiales de la comisión del delito, circunstancia que fue cumplida a cabalidad por el Ministerio Público, que advirtió las circunstancias urgentes e inaplazables de la realización de los actos —debidamente sustentadas en los apartados precedentes—. En este extremo, la presencia de la defensa no hubiese repercutido en ello, pues, como se ha dicho, es el fiscal el responsable de la preservación de la cadena de custodia, encargado de la conducción de la investigación y, finalmente, quien decide si se realizará o no el acto de investigación, según lo establece expresamente el inciso 1 del artículo 337 del CPP. Además, se debe recordar que para ingresar a escenarios privados se requiere autorización judicial.

6.21. Más aún, tal como lo detalló el JSIP en el fundamento jurídico decimo, apartado sexto, de la resolución impugnada, pretender la retención de los equipos, considerando que contenían información privada y personal de la testigo, también hubiese requerido la tramitación de una autorización judicial, lo cual, ante la proximidad del viaje de la testigo al extranjero, hubiese convertido la información en ineficaz o, cuando menos, a criterio de este Colegiado, hubiese puesto en riesgo el aseguramiento de los archivos digitales. El fiscal, si bien es

⁵⁰ Minuto 23 del registro de video de la audiencia de apelación.

director de la investigación, no está facultado para disponer de los dispositivos alcanzados por la testigo, tal como propone la defensa.

6.22. Finalmente, no pasa inadvertido para este Colegiado que, según lo establecido en el inciso 4 del artículo 337 del CPP, el imputado, a través de su defensa técnica, puede solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, de las cuales, el fiscal ordenará aquella que estime conducente, sin perjuicio del principio de objetividad y el derecho de las partes de recurrir ante el JSIP, en su caso.

En ese sentido, la defensa técnica ha manifestado que su interés principal era que se recabaran los equipos que contenían los archivos digitales (audios); sin embargo, no se ha acreditado que ello se haya deducido formalmente dentro de la investigación; asimismo, si en caso aún lo considere pertinente, tiene a su disposición el realizar tal solicitud que, en todo caso, será calificada con la debida motivación.

6.23. Por todo lo expuesto, al no constatarse una vulneración al contenido esencial del derecho de defensa, las alegaciones del recurrente deben ser desestimadas.

§. EN RELACIÓN A LOS DEMÁS AGRAVIOS DEDUCIDOS

6.24. La defensa técnica, como parte de su cuestionamiento, a través de su escrito impugnatorio⁵¹, así como en la audiencia de apelación, afirmó que “la Fiscalía no tuvo interés en notificarle la audiencia de extracción” y que “existe claridad en que [la Fiscalía] escondió la diligencia para que la defensa no pueda estar presente”⁵². Tales atribuciones, que importarían una falta de objetividad y legalidad (se

⁵¹ Ver fojas 115 y 116.

⁵² Ver minuto 27, del video de la audiencia.

asume *–iuris tantum–* que la actuación del representante del Ministerio Público son guiados por tales principios), no se encuentran sustentadas, máxime si, luego de la primigenia investigación, la Fiscalía, mediante Disposición N.º 2, del 11 de julio de 2019⁵³, dispuso no ha lugar para promover investigación preliminar contra Jorge Alfonso Alejandro del Castillo Gálvez por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en agravio del Estado, y decidió, en razón a lo actuado y analizado, archivar la investigación seguida en su contra, así como que, después de realizada la diligencia, se notificó debidamente a la defensa técnica sobre la realización de los actos de extracción de información digital —cuestionados por el apelante en el presente incidente—, lo que incluso dio lugar a que la defensa técnica deduzca la tutela de derechos que motiva el presente pronunciamiento; asimismo, no se observa que haya existido dicha “audiencia de extracción” y menos aún se ha llegado a presentar prueba que demuestre que el Ministerio Público “escondió la diligencia”.

6.25. Finalmente, el recurrente alegó que en la resolución impugnada no se desarrolló lo dicho respecto a los principios de mismidad e inmaculación de la prueba, que la testigo pudo haber manipulado el contenido de la evidencia digital recabada, que no se puede utilizar una prueba respecto de la que no existe certeza de la autenticidad del cuerpo del delito, que se requiere el archivo original para verificar la autenticidad de lo recabado y que el JSIP incurrió en aspectos subjetivos al considerar posible la utilización de una prueba irregular bajo el supuesto de una ponderación de bienes jurídicos.

6.26. Los argumentos que sustentan la resolución impugnada se encuentran principalmente en su fundamento jurídico décimo, en el

⁵³ Ver foja 153.

que básicamente el juez concluyó que la realización del acto de investigación se efectuó de la forma que prevé el CPP ante el apersonamiento espontaneo de la testigo. Si bien en el fundamento jurídico undécimo, apartado quinto, se hace mención del *balancing test*, este no forma parte del sustento de la conclusión previamente anotada, sino únicamente es una consideración adicional en caso se analizara un supuesto de prueba prohibida, circunstancia que no incide en el razonamiento previo, pues el JSIP consideró, de modo expreso, que “no se trataría de una prueba prohibida porque no se ha vulnerado algún derecho fundamental”⁵⁴. Por lo tanto, la alegación recursiva en este extremo no incide en modo alguno en la decisión adoptada.

6.27. Siguiendo el mismo razonamiento expresado por el JSIP en su oportunidad, se deben desestimar también estas alegaciones complementarias.

§. ASPECTOS INSTITUCIONALES COMPLEMENTARIOS

6.28. A todo lo expuesto, no es óbice señalar dos aspectos finales: i) Frente a la solicitud de medidas de protección (según acta fiscal⁵⁵, de acuerdo al artículo 247 del CPP), el Ministerio Público debió tener una decisión fundamentada en armonía con lo previsto en el artículo 248 del CPP; y, ii) El Ministerio Público, a propósito de la titularidad de la acción penal que le compete, debe evaluar, dentro de sus potestades constitucionales y legales, la condición de la hasta ahora testigo y denunciante Dianne Melinne Monge Berrocal, en aras del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

⁵⁴ Fundamento jurídico undécimo, apartado quinto, de la resolución impugnada.

⁵⁵ Ver foja 44.



DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDAMOS:**

- I. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación formulado por la defensa técnica del investigado Jorge Alfonso Alejandro del Castillo Gálvez.

- II. **CONFIRMAR** la Resolución N.º 3, del 19 de febrero de 2020 (fojas 59 al 106), mediante el cual el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria declaró infundada la solicitud de tutela de derechos, en la investigación preliminar seguida en su contra, en calidad de autor de la presunta comisión de los delitos contra la administración pública —peculado, contra la fe pública—, falsedad ideológica y falsedad genérica, y otros delitos que resulten de la investigación, en agravio del Estado.

- III. **DISPONER** que se remita el presente cuaderno al Juzgado de procedencia. Hágase saber y devuélvase.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

GUERRERO LÓPEZ