



**Infundada la apelación contra auto que
desestima solicitud de tutela de derechos**

1. El presente grado se circunscribió a la tutela de derechos promovida por el investigado a efectos de excluir dos CD (con el mismo contenido) del material probatorio que incorpora el fiscal, al considerar que se trata de prueba irregular.
2. Sin embargo, tanto el escrito que lo promueve como el recurso de apelación presentados por el investigado no resultan trascendentes para anular la idoneidad y eficacia de los CD, dado que su cuestionamiento se asienta en la discrepancia de fecha de la extracción de la información con respecto a la fecha de interposición de la queja verbal. La atribución de prueba irregular que le asigna el recurrente a los CD cuestionados no conlleva irremediablemente la exclusión probatoria de los mismos.
3. De lo controvertido en el grado se tiene que el carácter de irregular que pudiera tener determinada prueba o elemento de convicción no conlleva, *per se*, su exclusión probatoria.

AUTO DE APELACIÓN

Sala Penal Permanente

Apelación n.º 192-2022/San Martín

Lima, tres de abril de dos mil veintitrés

AUTOS Y VISTOS: el recurso de apelación (foja 58) interpuesto por el investigado JAIME JOEL MORALES VÁSQUEZ, a través de su defensa técnica, contra el auto de primera instancia contenido en la Resolución n.º 2, del siete de junio de dos mil veintidós (foja 48), emitido por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Procesos Penales Especiales de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos; en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la administración pública, cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Itinerario del proceso

Primero. Del cuaderno elevado a esta instancia se verificaron los siguientes actos procesales:

- 1.1. Por Disposición Superior n.º 54-2022-MP-1ºFSP-SM-T, del veinte de abril de dos mil veintidós** (foja 12), la Primera Fiscalía Superior Penal de San Martín, conforme al artículo 184 del Código Procesal Penal, dispuso incorporar, entre otros, las muestras CD con su cadena de custodia.
- 1.2. Por escrito del veintitrés de abril de dos mil veintidós** (foja 08), el recurrente solicitó la exclusión del material probatorio constituido por el CD remitido por la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura —en adelante Odecma— (con el archivo *WhatsApp* audio 2019-01-25 AT 9.46.23 AM) y el CD remitido por el denunciante, que es la copia obtenida en Odecma y presentada a la Fiscalía (con el archivo denominado AUD 20190125-WA002), al considerarlos prueba irregular y, por ende, lesiva del debido proceso.
- 1.3. Por escrito del veintiséis de abril de dos mil veintidós** (foja 01), el investigado JAIME JOEL MORALES VÁSQUEZ, mediante su defensa técnica, al amparo del numeral 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, solicitó tutela de derecho por vulneración de su derecho constitucional al debido proceso, a fin de que se ordene como medida de corrección al fiscal, la exclusión del material probatorio consistente en un CD remitido por Odecma (con el archivo *WhatsApp* audio 2019-01-25 AT 9.46.23 AM) y un CD remitido por el denunciante, que es la copia obtenida en Odecma y presentada a la Fiscalía (con el archivo denominado AUD 20190125-WA002), que vienen siendo actuados en la investigación

preparatoria, al haberse incorporado al proceso irregularmente, violentando el debido proceso y el derecho a probar.

- 1.4. **Por Resolución n.º 01, del tres de mayo de dos mil veintidós** (foja 40), dando trámite al pedido de tutela de derechos, se fijó audiencia para el dos de junio de dos mil veintidós; la cual se verifica en dicha fecha y en los términos que constan del acta de su propósito (foja 44).
- 1.5. **Por Resolución n.º 02, del siete de junio de dos mil veintidós** (foja 48), el Juzgado de Investigación Preparatoria de Procesos Especiales de la Corte Superior de Justicia de San Martín resolvió declarar infundada la tutela de derechos formulada por la defensa técnica del investigado JAIME JOEL MORALES VÁSQUEZ, en la investigación que se le sigue por delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.
- 1.6. **Por escrito del once de julio de dos mil veintidós** (foja 58), el investigado JAIME JOEL MORALES VÁSQUEZ interpuso **recurso de apelación** contra la Resolución n.º 02, del siete de julio de dos mil veintidós, con la pretensión impugnatoria de la nulidad de la resolución impugnada y que, reformulándola, se declare fundada la tutela de derechos solicitada y se ordene la exclusión del material probatorio del CD remitido por Odecma y el CD remitido por el denunciante, que es la copia obtenida en Odecma.
- 1.7. **Por Resolución n.º 3, del uno de agosto de dos mil veintidós** (foja 63), el Juzgado de Investigación Preparatoria de Procesos Penales Especiales concedió el recurso de apelación y dispuso que se eleven los autos a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

§ II. De la tutela de derecho planteada

Segundo. El escrito del veintiséis de abril de dos mil veintidós (foja 01), que contiene el pedido de tutela de derecho formulado por el recurrente con el propósito de excluir del material probatorio el CD remitido por Odecma



(con el archivo *WhatsApp* audio 2019-01-25 AT 9.46.23 AM) y el CD remitido por el denunciante, que es la copia obtenida en Odecma y presentada a la Fiscalía (con el archivo denominado AUD 20190125-WA002), los cuales vienen siendo actuados en la investigación preparatoria; el pedido se fundamenta en lo siguiente:

- 2.1.** Tales CD contienen el mismo archivo de audio y constituyen prueba irregular, pues de la pericia de autenticación realizada ante el mismo ente fiscal se advierte que fueron creados (veintidós de abril de dos mil diecinueve) antes de que el denunciante presentara su queja verbal (veintitrés de abril de dos mil diecinueve) y su denuncia penal ante el Ministerio Público (treinta de abril de dos mil diecinueve).
- 2.2.** Tales CD, utilizados en la pericia, no corresponden a los CD que contendrían la información extraída del equipo celular del denunciante, el veintitrés de abril de dos mil diecinueve (fecha de la queja verbal); con ello se vulneró arbitrariamente el derecho a probar del recurrente con medios de prueba que lo vinculen a los hechos que se le imputan.

§ III. De la resolución impugnada

Tercero. Por Resolución n.º 02, del siete de junio de dos mil veintidós (foja 48), el Juzgado de Investigación Preparatoria de Procesos Especiales de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró infundada la tutela de derechos formulada por la defensa técnica del investigado JAIME JOEL MORALES VÁSQUEZ, en la investigación que se le sigue por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado. Fundamenta su decisión de desestimar la tutela solicitada en la aplicación de la teoría de ponderación de intereses, a partir de la cual se tiene plena convicción de que la conversación grabada (contenida en los CD) tiene mayor interés que los derechos que alega el recurrente en la tutela de derechos invocada;

asimismo, prima el derecho a la verdad, que es el objetivo central de la investigación. En el caso de autos, el representante del Ministerio Público sustentó, como elemento de convicción, la grabación que es materia de cuestionamiento y una pericia que será materia de análisis; concluyendo que no se vulneró el debido proceso.

§ IV. Del recurso de apelación

Cuarto. Con referencia al **recurso de apelación** contra la Resolución n.º 02 (foja 48), materia del presente grado, aquel se interpuso en procura de la nulidad de la resolución impugnada, para que se ordene la exclusión del material probatorio del CD remitido por Odecma y el CD remitido por el denunciante a la Fiscalía, que es la copia obtenida en Odecma. Fundamenta su recurso en lo siguiente:

- 4.1. El juez omitió pronunciarse sobre los hechos materia de la solicitud de tutela de derecho, generándose vulneración a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, pues no realizó ningún pronunciamiento sobre la incorporación de CD con contenido distinto del CD que se extrajera con la conversación incriminadora, el veintitrés de abril de dos mil diecinueve.
- 4.2. Si bien aplica la teoría de la ponderación de intereses, ello no implica dejar de dar respuesta sobre cómo se incorporan medios de prueba irregular al proceso de investigación o que, en la etapa de la investigación preparatoria, se soslaye el derecho de probar del investigado con los elementos categóricos de vinculación directa con el hecho imputado, dejando en la incertidumbre cuál fue el medio de prueba extraído el veintidós de abril de dos mil diecinueve, en las instalaciones de la Odecma-San Martín; así, se vulnera el derecho de probar del recurrente, quien merece saber, pese a que hoy se le niega, las razones de una incriminación inicialmente imputada por un

supuesto de hecho sustentado con la grabación de un audio asegurado en CD.

§ V. Procedencia y trámite del recurso de apelación

Quinto. Elevados los autos al superior en grado, por resolución del catorce de septiembre de dos mil veintidós (foja 23 del cuaderno supremo) se dispuso correr traslado a las partes procesales del recurso y, con el cumplimiento de las copias solicitadas en la mencionada resolución, se señaló como fecha de calificación del recurso el diecisiete de enero de dos mil veintitrés (foja 44 del cuaderno supremo).

Por auto de calificación del diecisiete de enero de dos mil veintitrés (foja 46 del cuaderno supremo), se declaró bien concedido el recurso de apelación, y se dispuso que se fije fecha de audiencia; conforme a la resolución del siete de marzo de dos mil veintitrés (foja 50 del cuaderno supremo), se fijó como fecha para la audiencia de apelación el tres de abril de dos mil veintitrés, la cual se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de la señora fiscal suprema adjunta de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, el señor procurador público en asuntos de corrupción de funcionarios, así como del abogado defensor público por los intereses del recurrente.

Realizada la audiencia de apelación, se verificó de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación, y por unanimidad, corresponde dictar el presente auto de vista, según el plazo previsto en el artículo 420, numeral 7, del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ VI. Respecto al recurso de apelación

Sexto. El libro IV del Código Procesal Penal, referido a la impugnación, otorga a los justiciables el modo, forma y plazo para fundamentar los concretos agravios que, según su opinión, le causó la resolución judicial

cuestionada, lo cual supone expresar la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones (principales o accesorias), plantear oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso. Por tanto, el recurso escrito interpuesto es la base de la sustentación oral en la audiencia respectiva. No es posible en este acto adicionar nuevos agravios que no fueron planteados inicialmente dentro del plazo legal y antes de su concesión¹. La apelación concedida genera el marco de decisión de esta Sala y solo sobre ella nos pronunciamos; por lo tanto, los pedidos nuevos expresados en la audiencia de apelación que no guarden relación con lo impugnado no serán tomados en cuenta. Prohibición de la *mutatio libelli*².

Así pues, el Tribunal Supremo (como segunda instancia), dentro de los límites del recurso, puede confirmar, revocar o anular el auto apelado. Tiene las mismas facultades que el juez de primera instancia para aplicar el derecho, determinar los hechos y valorar de nuevo la prueba con las limitaciones de ley y con la matización de la regla *tantum appellatum quantum devolutum*.

En lo que atañe al recurso de apelación, y para los fines del presente grado, tienen incidencia los artículos 409.1 y 419.1³ del Código Procesal Penal, que establecen los límites de lo impugnado, como también las opciones procesales de la revisión en segunda instancia (anular o revocar en todo o en parte la resolución impugnada).

§ VII. Precisiones respecto a la tutela de derechos

7.1. La tutela de derechos es una institución jurídica puesta a disposición del imputado y su abogado defensor a través de la cual se puede instar al juez de la investigación preparatoria a controlar la legalidad de la

¹ SALA PENAL TRANSITORIA. Sentencia del once de diciembre de dos mil veinte, en la Casación n.º 1658-2017/Huaura, fundamentos jurídicos 10º al 15º.

² SALA PENAL PERMANENTE. Casación n.º 864-2017/Nacional, del veintiuno de mayo de dos mil dieciocho; Casación n.º 1967-2019/Apurímac, del trece de abril de dos mil veintiuno.

³ Desde la perspectiva de su modificatoria por Ley n.º 31592, publicada en el diario oficial *El Peruano* en su edición del veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

función policial y fiscal, manteniéndola en los márgenes a los que las garantías procesales los obligan, salvaguardando con ello el equilibrio y la licitud de las actuaciones de investigación. Es un mecanismo del justiciable para frenar los actos de investigación arbitrarios realizados por el fiscal, que puedan vulnerar las garantías legales y constitucionales reguladas en el Código Procesal Penal y en la Constitución. Si bien los actos de investigación del Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de una autoridad pública encargada de la persecución del delito —monopolio de la acción penal pública—, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad⁴.

7.2. La finalidad esencial de la tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, ejerciendo su función de control limitado de los derechos ante la alegación del imputado de que se produjo la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del Código Procesal Penal, responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y la actuación de las partes, la vulneración del derecho o garantía constitucional que se prevé en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora⁵.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Inpeccp, p. 407.

⁵ SALAS SUPREMAS PENALES. Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, fundamento jurídico 11.

7.3. En ese mismo sentido y en lo que atañe al caso concreto, el Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ116⁶ desarrolla los requisitos para el uso de esta figura y señala específicamente que, a través de la audiencia de tutela, se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente, en los casos en que esta 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 afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado, reconocido en el artículo 71 del Código Procesal Penal. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de la legitimidad de la prueba —axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona—, que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal y de la utilización de la prueba —regulado en el artículo 159 del código acotado—, que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que, una vez comprobada su ilicitud, el juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Octavo. Desde la perspectiva del marco jurisprudencial precedente, queda claro que la pretensión del apelante debe desestimarse, por lo siguiente:

⁶ SALAS SUPREMAS PENALES. Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, fundamento jurídico 17.

- 8.1.** El cuestionamiento a la incorporación como elemento de convicción de los CD se sostiene en que la conversación o diálogo contenido en aquel difiere del que fue objeto de la pericia, en razón de que el audio incriminador no se condice con la fecha en que se extrajo la información (veintidós de abril de dos mil diecinueve), que fue cuando se verificó la queja verbal del denunciante, y que sería el veintitrés de abril de dos mil diecinueve, pero la mera discrepancia de fecha de extracción del archivo digital no constituye una razón suficiente para catalogar de manera determinante al CD de prueba irregular. Para desvirtuar la eficacia e idoneidad de una prueba o elemento de convicción se requiere que el defecto sea marcadamente lesivo de un derecho fundamental. Nótese que la pericia a la que se hace referencia no objeta el contenido de los CD o su autenticidad, solo llama la atención que la fecha de creación del archivo digital que contiene el diálogo sea anterior a la fecha en que el acta de extracción afirma que ocurrió.
- 8.2.** Conforme a la pauta establecida en el fundamento jurídico 17 del Acuerdo Plenario n.º 04-2010/CJ-116, todo pedido de exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente debe observar una concurrencia copulativa de requisitos, entre estos, la inexistencia de una vía propia para alcanzar ese propósito; es así que, en el devenir del proceso, se mantiene la posibilidad de cuestionar la idoneidad del elemento de prueba, lo cual descarta la inexistencia de la vía propia para efectuar el cuestionamiento.
- 8.3.** Conforme se desprende del escrito de tutela de derechos y del recurso de apelación, el cuestionamiento a los CD radica en que constituiría prueba irregular, conceptuada de la siguiente forma:

Aquella que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de la regla procesal) que pueda ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario,

tendrá efecto similar a la prohibida, pero con la diferencia que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de esta, siempre que se obtengan o incorporen ilícitamente [sic]⁷.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema contribuye a definir la prueba irregular, al indicar con carácter vinculante lo que sigue:

Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental [sic]⁸.

Es decir, que la atribución de prueba irregular que le asigna el recurrente a los CD cuestionados no conlleva irremediamente la exclusión probatoria de los mismos.

8.4. Sentado lo precedente, la alegación de la defensa del recurrente de que se incorporaron dos CD (con el mismo contenido) con caracteres de prueba irregular carece de asidero, porque el audio contiene una conversación que es trascendente para el proceso, conversación que involucra al propio investigado con el abogado del denunciante; en ese sentido, su incorporación al proceso no resulta atentatoria a los derechos constitucionales del imputado MORALES VÁSQUEZ y menos a la teoría de la prueba irregular; por el contrario, el mérito probatorio de los CD resulta congruente con los principios de pertenencia, utilidad, idoneidad o conducencia, licitud y oportunidad de inmaculación. En

⁷ CARO JOHN, José Antonio. (2007). Diccionario de Jurisprudencia Penal. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 553.

⁸ SALA PENAL PERMANENTE. Sentencia del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, recaída en la Casación n.º 591-2015/Huánuco, fundamento jurídico 19.

este contexto, la resolución impugnada que deniega la exclusión del CD que contiene la comunicación entre el investigado MORALES VÁSQUEZ y la persona de Segundo Rosario Lluen Díaz no contiene inobservancia de formalidades o afección de patología probática y, como se insiste, la pericia no reporta que se trate de una grabación o medio informático manipulado, solo inconsistente en cuanto a la fecha de extracción, tanto más si el recurrente no objetó su contenido, sino que el defecto de fecha lo invalida como medio de prueba regular; por ende, no puede ser amparada la pretensión de la defensa técnica del imputado JAIME JOEL MORALES VÁSQUEZ.

8.5. Por otro lado, conforme lo ha precisado la representante del Ministerio Público en la audiencia de apelación, se tiene el Oficio n.º 0103-2022-ODECMA, del cuatro de mayo de dos mil veintidós, donde el propio jefe de Odecma de la Corte Superior de Justicia de San Martín informa que la queja verbal del denunciante Joselito Sánchez Rojas fue recibida el veintidós de abril de dos mil diecinueve, pero por error se consignó la fecha del día siguiente, error material que no afecta la integridad de los CD ni la integridad de su contenido.

8.6. Asimismo, es imposible soslayar que, conforme al Sistema Integrado Judicial-SIJ Supremo, se da cuenta de la existencia del Recurso de Apelación n.º 102-2021/San Martín, en el cual se revisó una primaria resolución de tutela sobre la exclusión del mismo material de prueba (los CD contienen la comunicación entre el investigado MORALES VÁSQUEZ y la persona de Segundo Rosario Lluen Díaz) en aquella oportunidad, doce de julio de dos mil veintidós, esta misma Sala Suprema concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente:

En el caso concreto, esto no se ha dado, toda vez que la exclusión del CD que contiene la grabación de la comunicación entre el investigado y su cointerlocutor, fue realizada por uno de los participantes de la reunión y, pese a no estar consentida, debe

considerarse como prueba válida, de ahí que la resolución impugnada se encuentra arreglada a la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Luego, como no se trata de prueba inconstitucional, declaró infundada la apelación y confirmó la decisión de primera instancia que declaró infundada la tutela de derechos presentada por el mismo apelante. Es decir, buscando la misma finalidad de exclusión —esta vez como prueba irregular—, el recurrente insiste con el mismo asunto.

8.7. Razones todas que colaboran a justificar la infundabilidad del recurso de apelación, conforme a los términos en que se encuentra planteado y, por ende, la confirmación de la recurrida.

§ VII. Costas

Noveno. Debido a que la decisión impugnada no pone fin al proceso penal y al no tratarse de un incidente de ejecución, no corresponde imponer costas procesales, de acuerdo con la interpretación *a contrario sensu* del artículo 497, numeral 1, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del encausado **Jaime Joel Morales Vásquez**.
- II. CONFIRMARON** el auto de primera instancia, contenido en la Resolución n.º 2, del siete de junio de dos mil veintidós (foja 48), emitida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Procesos Especiales de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos; en el proceso penal que se le sigue a Jaime Joel Morales Vásquez por el delito contra la administración pública, cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.



- III. DISPUSIERON** que no corresponde imponer costas al recurrente, a tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 497 del Código Procesal Penal.
- IV. DISPUSIERON NOTIFICAR** la presente resolución a las partes apersonadas en esta sede suprema, conforme a ley.
- V. DISPUSIERON** que se publique la presente sentencia en la página *web* del Poder Judicial. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

MELT/jgma