



EXP. N° 00007-2018-95-0701-SP-PE-01

[Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones]

**Sumilla.** Si bien se trata de una solicitud de levantamiento del secreto de las comunicaciones, solicitada por el Órgano de Control de la Magistratura, dentro del contexto de un procedimiento administrativo disciplinario; ello, no significa que en el trámite de su petición no se observe o se evada el cumplimiento de las reglas previamente establecidas, previstas en los artículos 202 y 203.2 del Código Procesal Penal, como es el traslado previo al afectado, e incluso la posibilidad de la realización de una audiencia por el juez superior de investigación preparatoria, con la participación de los sujetos procesales, al no verificarse en la medida la existencia de riesgo fundado y serio de pérdida de su finalidad; por tanto, su trámite no es de carácter reservado, pues al tratarse de un reporte histórico de llamadas entrantes y salientes, dichos datos son inmodificables; disponer lo contrario, implicaría una restricción a las posibilidades de defensa del afectado.

### AUTO DE VISTA

#### **RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO**

Callao, diecisiete de octubre

De dos mil dieciocho

**AUTOS y VISTOS,** dado cuenta con el recurso de apelación interpuesto por María Jesús Del Rosario Saldaña Grosso, Magistrada de Primera Instancia integrante de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial – OCMA, contra la resolución N° 01 de fecha 02 de octubre de 2018, en el extremo que resolvió declarar infundada la solicitud de levantamiento del secreto de las comunicaciones, de las personas del magistrado investigado Alex Edwin Carbajal Alferes y el ciudadano Elmer Javier Rosales Long.

Interviene como Ponente el señor Juez Superior TAPIA BURGA

### **FUNDAMENTOS**

**PRIMERO.** Que, por escrito presentado con fecha nueve de octubre del presente año, la recurrente interpone recurso de apelación contra la resolución antes indicada, a fin de que esta Sala Superior, revoque la decisión de primera instancia y reformándola declare fundada su petición formulada.



**SEGUNDO.** Entre los argumentos –relevantes– de su recurso, se tiene los siguientes:

- a) El juez de investigación preparatoria declara infundada su solicitud, debido a que no se cumplen ni se dan los sub principios de idoneidad y necesidad de la medida.
- b) Se incurre en error al sostener que al magistrado Alex Edwin Carbajal Alferes no se le ha iniciado proceso disciplinario por actos de corrupción y no se anexó elemento de convicción, por cuanto de la conversación vía WhatsApp, sostenida entre la servidora Gisella Patricia Ore Saravia con el quejoso Elmer Javier Rosales Long, se deja entrever que la servidora le dirá de dicha propuesta económica al nombrado magistrado, lo cual se concatena con la estrecha relación laboral y desempeño en conjunto de sus funciones jurisdiccionales existente entre la servidora y el juez investigado, quienes realizaban coordinaciones de tipo laboral.
- c) Ello hace caber la posibilidad de que le haya comunicado la propuesta económica ofrecida por el quejoso para la cesación de la prisión preventiva, infiriéndose una concertación de comunicaciones telefónicas del quejoso hacia la servidora y de ésta al magistrado investigado; por lo que, en base a dichos indicios no se ha tenido en consideración la posibilidad de ampliación de investigación disciplinaria contra el juez, por estar inmerso en actos de corrupción.
- d) Se ha omitido valorar los alcances del artículo 203 del CPP, que no impone el cumplimiento de todas las exigencias que el órgano jurisdiccional menciona, sino observar el principio de proporcionalidad, esto es, que lo solicitado no resulte excesivo, en cuanto al impacto sobre los derechos de los afectados.
- e) Se señala que no se ha anexado elementos de convicción que sustente de manera clara y objetiva la petición, los mismos están acopiados en la solicitud: queja verbal y declaración indagatoria de la servidora Ore Saravia; no se puede exigir a nivel indiciario que estos constituyan suficientes elementos de convicción a los que se refiere el artículo 203, por ser una medida de menor intensidad, y porque dicho nivel de exigencia es propio de una restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que regula el artículo 230 del CPP.
- f) La solicitud permitirá determinar con claridad si se produjeron los datos telefónicos entre los investigados: juez, servidora y quejoso, como intervinientes en el hecho de investigación disciplinaria. Por tanto, resulta idónea y necesaria. En cuanto al test de proporcionalidad, frente al derecho del secreto de las comunicaciones en general, se concluye que en este caso debe prevalecer el primero sobre este segundo derecho; por tratarse de una restricción válida y constitucional y no de una vulneración de derechos.

**TERCERO.** Que, por resolución número tres, de fecha nueve de octubre del año en curso, obrante a folios sesenta y cinco a sesenta y seis, el juez superior de investigación preparatoria del Callao eleva los actuados a esta Superior Sala. Este tribunal, sin embargo, considera necesario que –antes de resolver el fondo de la pretensión impugnatoria–, se determine la legalidad del trámite que se ha dado al requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones, a fin de descartar la existencia de nulidad en su tramitación y resolución.

**CUARTO.** En ese sentido, es de señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 60 de la Ley de La Carrera Judicial, Ley 29277, y la Resolución de Jefatura N° 130-2015-J-OCMA/P,



de fecha 02 de julio de 2015, que aprueba La Directiva N° 03-2015-J-OCMA/PJ: *“Procedimiento para el requerimiento judicial del levantamiento del secreto de las comunicaciones y/o del secreto bancario en el trámite de una investigación disciplinaria”*; se faculta al órgano encargado del procedimiento disciplinario, que en este caso corresponde tanto a la Ocma en su sede central y oficinas Desconcentradas de Control de la Magistratura, para solicitar al juez competente, tanto el levantamiento del secreto de las comunicaciones como del secreto bancario del investigado, conforme a ley, los que se encuentran regulados en los numerales 5 y 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, así como en los artículos VI del Título Preliminar, 202 a 204 y 235 a 236 del Código Procesal Penal –en adelante CPP–; que prescriben que, cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso judicial, debe procederse conforme a lo dispuesto por ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

**QUINTO.** En esa línea, si bien conforme a lo regulado en los artículos 102 a 106 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la OCMA cuenta con la potestad de investigar y de eventualmente sancionar a los jueces y auxiliares jurisdiccionales; investigación que se lleva a cabo dentro del contexto de un procedimiento administrativo disciplinario y no en un proceso penal; sin embargo, no es menos cierto, que, en cuanto a su tramitación, se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 203.2 del CPP, que señala: **“Los requerimientos (...) serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado.** Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención (...) de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes” [Resaltado nuestro].

**SEXTO.** En el presente caso, de acuerdo a la solicitud presentada por la recurrente, con fecha primero de octubre de dos mil dieciocho, por escrito de folios treinta y nueve a cuarenta y cinco, en su calidad de integrante de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial – OCMA, solicitó el levantamiento del secreto de las comunicaciones de las siguientes personas: 1) Elmer Javier Rosales Long [Quejoso]; 2) Alex Edwin Carbajal Alferes, juez del Quinto Juzgado Penal del Callao, y, 3) Gisella Patricia Ore Saravia, ex Especialista Legal del Quinto Juzgado Penal del Callao; a fin de que, las empresas de telecomunicaciones Telefónica Móviles S.A.-Movistar, América Móvil SAC-Claro, Entel Perú y Bitel, informen: los números celulares que registren Elmer Javier Rosales Long, Alex Edwin Carbajal Alferes y Gisella Patricia Ore Saravia, así como las llamadas entrantes y salientes de los siguientes número telefónicos: N° 983500208, 947162665 y 978044447, durante el período de mayo de 2016 a diciembre de 2016; en el mismo sentido las llamadas entrantes y salientes.

**SÉPTIMO.** Que, conforme se puede apreciar de lo solicitado, no se está en puridad ante un requerimiento del levantamiento del secreto de las comunicaciones, que regula el artículo



230 y siguientes del CPP, bajo la modalidad de intervención de la comunicación misma [conversación], interceptación, interferencia o grabación de llamadas telefónicas, cuyo trámite requiere ser reservado y de resolución inmediata; sino, que estamos básicamente ante una solicitud de entrega de un listado de llamadas salientes y entrantes de determinados números telefónicos, en período determinado de mayo de 2016 a diciembre de 2016; medida que afecta el levantamiento del secreto de las comunicaciones, empero en menor intensidad que la intervención propia de las comunicaciones.

**OCTAVO.** Sin embargo, si bien se trata de una solicitud de levantamiento del secreto de las comunicaciones, solicitada por el Órgano de Control de la Magistratura, dentro del contexto de un procedimiento administrativo disciplinario; ello no significa que en el trámite de su petición no se observe o se evada el cumplimiento de las reglas previamente establecidas, previstas en los artículos 202 y 203.2 del CPP, como es el traslado previo al afectado, e incluso la posibilidad de la realización de una audiencia por el juez superior de investigación preparatoria, con la participación de los sujetos procesales, al no verificarse en la medida la existencia de riesgo fundado y serio de pérdida de su finalidad; por tanto, su trámite no es de carácter reservado, pues al tratarse de un reporte histórico de llamadas entrantes y salientes, dichos datos son inmodificables; disponer lo contrario implicaría una restricción a las posibilidades de defensa del afectado.

**NOVENO.** En consecuencia, en el caso específico, al quedar determinado que se ha seguido un procedimiento distinto al establecido por la ley procesal penal, se ha lesionado o se ha puesto en peligro el contenido esencial de derecho de defensa de las personas que vienen siendo investigadas; por lo que, sin duda se ha incurrido en una causal de nulidad absoluta, prevista en el artículo 150.d del CPP. En tal sentido resulta prudente declarar nula la recurrida en todos sus extremos, disponiendo la renovación del acto del levantamiento del secreto de las comunicaciones, por otro juez superior de investigación preparatoria, al existir adelanto de criterio sobre el fondo del asunto.

## DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, en sujeción a la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial, administrando justicia a nombre del Pueblo, los señores Jueces Superiores integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, resuelven:

**PRIMERO. DECLARAR NULA** la resolución N° 01, de fecha 02 de octubre de 2018, que declaró fundada la solicitud de levantamiento del secreto de las comunicaciones [reporte de llamadas entrantes y salientes], de la persona de Gisella Patricia Ore Saravia [Ex Especialista Legal, del Quinto Juzgado Penal del Callao]; e infundada la solicitud en relación al magistrado Alex Edwin Carbajal Alferes [Juez del Quinto Juzgado Penal del Callao] y el ciudadano Elmer Javier Rosales Long [Quejoso]; y, *con lo demás que contiene*.

**SEGUNDO. DISPUSIERON** la renovación del acto del levantamiento del secreto de las comunicaciones, por otro juez superior de investigación preparatoria, conforme al trámite



legal precisado en el considerando octavo de la presente resolución; asimismo, ORDENARON el levantamiento de la reserva del presente expediente, debiendo crearse el registro correspondiente; notificándose, y los devolvieron.

S.S.

BENAVIDES VARGAS

PAYANO BARONA

**TAPIA BURGA**

legis.pe