



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO  
SALA PENAL DE APELACIONES SEDE CENTRAL**

**EXPEDIENTE** : 00828-2016-72-0501-JR-PE-05  
**IMPUTADO** : EMILIANO MUCHA LAGOS Y OTROS  
**AGRAVIADO** : ESTADO

**AUTO DE VISTA**

Resolución N° 21

Ayacucho, 12 de abril de 2018.

**I.- VISTO Y OIDOS:** En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado Félix Curo Huamán, contra la resolución N° 15 de fecha 14 de noviembre del 2017 emitido por el Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Huamanga en la que se ha resuelto declarar infundada la solicitud de exclusión de elemento de convicción vía tutela de derechos.

**II.- ATENDIENDO:**

**2.1.- Audiencia De Apelación**

Conforme a lo actuado durante la audiencia de apelación, el Abogado Defensor del investigado Félix Curto Huamán sostiene que su recurso de apelación está dirigido a que se revoque la resolución recurrida por incurrir en error in iudicando (error in iure), esto es, por la errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 2° numeral 10) de la Constitución Política del Estado, pues, según el A-Quo, no se incurre en violación al secreto de las comunicaciones al realizarse la lectura del contenido de un teléfono celular sin autorización judicial y sin el consentimiento del titular del teléfono celular.-

**2.2.- Sobre la admisibilidad del recurso**

1.1 A nivel de control de admisibilidad, la verificación del agravio se limita a su estructura estrictamente formal, mas no de fondo. En tal sentido, a juicio del suscrito, el recurso sí postula un agravio. En efecto, el impugnante, indica que: **a)** el razonamiento que le produce perjuicio es el que se encuentra contenido en el numeral 2.4 [precisado en la audiencia, puesto que en el escrito aparece como 3.2] de la resolución que recurre; **b)** sostiene que el fundamento que le permite sostener tal



gravamen es el contenido normativo del artículo 2º, inciso 10) de la Constitución Política del Estado, en el sentido de que la apertura de un instrumento de telecomunicaciones (celular) debe contar con mandamiento motivado del Juez; **c)** que, en el caso concreto, el acceso al contenido de la información de las comunicaciones privadas se ha producido sin autorización judicial, toda vez que lo único que se había ordenado es la incautación del bien (celular); por lo que el Fiscal no debió “abrir” o recabar la información contenida en el soporte material y, al haberlo hecho, ha vulnerado el secreto a las comunicaciones privadas.

- 1.2 En tal orden de cosas, corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión impugnatoria.

### 3.- Sobre la argumentación recursiva

#### 3.1 Delimitación del agravio

En la Audiencia pública de apelación, el Abogado defensor del recurrente ha indicado lo siguiente:

Se ha incurrido en error *in iudicando* (indebida interpretación de la norma constitucional), debido a que el A quo en el punto 2.4 de la sentencia, realiza una interpretación diferente al contenido de la Constitución, en el sentido de que no se afectaría el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones al aperturar un teléfono celular sin tener autorización judicial o el consentimiento del titular del teléfono

#### 3.2. Sustento argumentativo del agravio

- El A quo ha razonado en el sentido de que no se ha violado el derecho al secreto de las comunicaciones, al no afectarse la intimidad, indicando que ‘no se evidencia interceptación alguna de comunicación que haya realizado el titular del teléfono’.
- La afectación concreta es que se ha accedido a la información sobre comunicaciones privadas contenidas en un celular incautado sin tener autorización judicial; siendo que el Juez atendió el pedido de tutela pero terminó razonando y pronunciándose por un derecho de intimidad.
- En razón a una autorización judicial, el día 03 de setiembre del año 2016, el Sr. Fiscal de la Fiscalía Antidrogas, realizó un acta de apertura de teléfono celular que fue incautado en el allanamiento de la vivienda de su patrocinado, se halló el celular y se llevó en los 15 días de investigación al Departamento de Operaciones Especiales de Tráfico Ilícito de Drogas, y en esa unidad se dispuso la apertura de este teléfono celular, cuando su patrocinado no estuvo ni detenido, ni aprehendido, contra quien no existía ningún tipo de mandato, y quien se encuentra en libertad, porque la prisión preventiva solicitada fue denegada en las dos instancias.



- Es así que el día 03 de setiembre del año 2016, se aperturó el teléfono celular con la presencia de un abogado público, cuya Acta, dice literalmente: *'[...] se procede a la apertura, deslacrado, visualización, registro y lectura de la memoria de teléfono celular con consentimiento del Abogado Defensor Público y el representante del Ministerio Público, con el siguiente resultado [...]'*, ésta Acta es lo que se solicita que sea excluido vía tutela de derecho, porque con ella se afectó el contenido esencialmente protegido por el artículo 2°, inciso 10 de la Constitución, específicamente el derecho al secreto de las comunicaciones.
- Se afecta porque es un derecho esencial, personalísimo, que no puede ser sobrepasado sin autorización judicial o personal del titular del derecho fundamental; sin embargo, quienes autorizaron la realización del Acta, fueron el representante del Ministerio Público y el Abogado Defensor Público.
- El señor Juez luego de realizar un análisis del contenido constitucionalmente protegido del art. 2, inciso 10 de la Constitución, en los fundamentos 2.2 (primer y segundo párrafo), 2.3, finalmente concluye en el punto 2.4, que no se evidencia interceptación alguna de comunicación que haya realizado el titular del teléfono celular incautado con otra u otras personas y que además esté vinculado a la intromisión de la vida privada íntima de una persona.
- El contenido esencialmente protegido del derecho al secreto de las comunicaciones, como lo señala el Tribunal Constitucional, no es solamente la aprehensión de las comunicaciones en tiempo real, es decir las interceptaciones o chuponeos telefónicos, sino como ya lo señalan tres sentencias del Tribunal Constitucional, como son Expedientes N° 003-2005-AI/TC, fundamento 359; Expediente N° 2863-2002-AA/TC, fundamento 3; Exp. N° 00867-2011-PA/TC, fundamento 2, Caso Alan Quintano Saravia; éste derecho se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o se acceda a su conocimiento, quien no esté autorizado para ello.
- El concepto de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, desde esta perspectiva comprende: *'la comunicación misma sea cual fuere el contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación, al ámbito personal, lo íntimo o lo reservado, de manera que se conculca el derecho en dos formas, tanto cuando se produce la interceptación de las comunicaciones, es decir cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros; segundo, cuando se accede al conocimiento de lo comunicado sin encontrarse autorizado para ello'*.
- El A quo le ha dado una interpretación errónea al artículo 2°, inciso 10 de la Constitución, porque en su segundo párrafo dice que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, que son los equipos que se utilizan para la comunicación sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados, intervenidos por mandato del Juez y para aperturar un teléfono celular, evidentemente se ingresa al teléfono y se extrae información.
- Si se aprecia el Acta de apertura y deslacrado mencionado, se apertura el directorio telefónico, las llamadas perdidas, se visualizan las llamadas recibidas o salientes, y lo que tendría vinculación con el derecho a la intimidad en el punto e, mensajes recibidos, se deja constancia de cada uno de los mensajes a través de este medio, se encuentran 40 mensajes comerciales recibidos y 02 de índole sentimental, los cuales no se consignan, pero que no significa que no se haya violado el derecho, porque ya se accedió a los 40 mensajes, y se deja constancia que se encontró dos mensajes de índole sentimental con contenido no



relevante para la presente investigación, por lo que se ha evidenciado que se ha vulnerado claramente el derecho al secreto de las comunicaciones.

- Refiere que adjunta el Acta de consentimiento de otros casos, que la Fiscalía Antidrogas utiliza para abrir celulares, donde dice que su patrocinado conjuntamente con la defensa técnica brindó su consentimiento, permiso y autorización a efectos de realizar la lectura de memoria de teléfono celular, y que se estila hacer esto porque saben que no se puede acceder al secreto de comunicaciones sin autorización del titular. Y consecuentemente esa misma Fiscalía ante la inexistencia de autorización, solicita al juzgado correspondiente autorización para que se pueda dar lectura de los teléfonos celulares.
- Esto quiere decir que para acceder a los teléfonos celulares el señor Fiscal sabe y tiene conocimiento que con la autorización del titular o sólo con la autorización judicial se puede acceder a ellos, razón por la cual considera que el Acta debe ser excluida, porque ha sido obtenida afectándose el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones.

### 3.3. Respuesta del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público, en Audiencia Pública de Apelación, con relación al agravio y a los argumentos expuestos por el impugnante ha indicado lo siguiente:

- Se debe tener presente el contexto del caso, en el cual el Ministerio Público ha procedido a la incautación del equipo móvil, si nos remontamos a la data, y conforme alega la defensa técnica, indicando que no ha existido ningún tipo de orden judicial. Existe la resolución N° 01 de fecha 18 de agosto de 2016, en donde el Juzgado autoriza el allanamiento, detención e incautación tanto de bienes, vehículos, incluidos equipos móviles.
- 
- Cuando el Ministerio Público incauta los equipos móviles, en esas circunstancias el imputado Félix Curo en todo momento ha negado que son sus equipos, no se sabía quién era el titular de esos equipos y conforme a la última audiencia llevada en primera instancia el abogado ha sostenido que su patrocinado no tiene certeza de quien sea el titular del teléfono celular incautado, entonces el Ministerio Público en su rol de persecutor e investigador del delito ha elaborado el Acta de apertura de ese equipo celular, marca azumi, procediendo en este caso a la lectura de los números que contenía y algunos mensajes que son irrelevantes; por lo que a este nivel no se afectado en ningún momento -conforme lo ha indicado el A quo-, el derecho a la intimidad tanto personal y familiar, conforme se pretende ingresar en la presente audiencia.
- Asimismo, en la presente audiencia la defensa técnica está asumiendo que ese equipo le pertenece a su patrocinado, con fines de que el Tribunal le de otro sentido y se pueda amparar su pretensión.
- Se dice que no hubo ningún tipo de disposición o resolución respecto al levantamiento de las comunicaciones, sin embargo se debe tener presente que cuando se dio inicio a la presente investigación, se dictó la resolución N° 02 de fecha 28 de abril, donde se solicita el levantamiento del secreto de comunicaciones en tiempo real y se detecta que hay una organización que se dedica al tráfico ilícito de drogas, es allí que se empieza a investigar al ahora imputado y su organización.



- Entonces si existe una resolución judicial, por ello considera que no se ha afectado ningún tipo de derecho, por lo que solicita que se confirme la resolución de primera instancia. Finalmente, **refiere que no existe resolución judicial que autorice la lectura, respecto a ese número.**

### III. CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO

#### §. 1 De la Tutela de derechos como mecanismo de exclusión de elementos de convicción

- 3.1 La tutela de derechos, entendido como mecanismo de protección procesal frente a una afectación a los derechos procesales del imputado, se encuentra delimitada los supuestos que, en *numerus clausus*, se encuentran descritos en el artículo 71° del Código Procesal Penal. Este mecanismo procesal de protección judicial, permite que el Juez de Garantías dicte las medidas correctivas que correspondan.
- 3.2 Entre los supuestos de procedencia de la tutela de derechos se encuentra la exclusión del material probatorio [elementos de convicción] obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuando constituya la base de sucesivas medidas o diligencias, siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito<sup>1</sup>. Se trata de excluir todo elemento o medio probatorio obtenido inobservando el procedimiento legalmente establecido, cuando se trate de la intervención en un derecho fundamental; de modo que, toda “prueba” obtenida ilícitamente, debe ser expulsada del acervo probatorio.

#### §. 2 De la exclusión de elementos de convicción o de prueba

- 3.3 El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, determina como mandatos jurídicos definitivos, es decir como reglas jurídicas, los siguientes:
  - a) *todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.*
  - b) *Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.*

En tanto, el artículo 159 del referido código señala que:

**«El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes de prueba obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona»**

- 3.4 Ahora bien, cuando la prueba ha sido obtenida contraviniendo la garantía constitucional de legitimidad, constituye “prueba ilícita”; la misma que no es compatible con un Estado constitucional de derecho, donde los derechos

---

<sup>1</sup> Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, f.j. 17.



fundamentales no solamente constituyen atributos subjetivos, sino que, además, tienen contenido normativo que vincula tanto al poder público como a los particulares. En otras palabras, la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. Entonces, la idea de prueba ilícita se asocia a la violación de un derecho fundamental.

- 3.5 En doctrina<sup>2</sup> se hace diferencia entre “prueba ilícita” y “prueba irregular”. En efecto, se indica que la “prueba ilícita” es aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales; en tanto que, “prueba irregular” sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.
- 3.6 El Tribunal Constitucional<sup>3</sup> ha señalado que la sanción de exclusión de la prueba ilícita, es garantizar a todas las personas que: **a)** el dato obtenido no sea empleado para la promoción de cualquier clase de procedimiento o proceso contra una persona; **b)** que la prueba no sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. De manera que la licitud en la obtención de la fuente de prueba constituye una condición de admisibilidad no solamente de la prueba propiamente dicha, sino de cualquier dato o información que suponga elementos de convicción para promover, por ejemplo, la acción penal.
- 3.7 En consecuencia, cuando en el desarrollo de la Investigación Preparatoria o del proceso el Juez advierte que la información de cargo [ya sea como elemento de convicción o como prueba, según corresponda], ha sido obtenida o practicada con vulneración de un derecho fundamental, el Juez, a pedido de parte o de oficio, debe aplicar la regla de exclusión probatoria.

### §. 3 Del contenido esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

- 3.8 El artículo 2 inciso 10) de la Constitución reconoce este derecho en los términos siguientes:

«Artículo 2.- 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

<sup>2</sup> MIRANDA STRAMPES, M. (2010) “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. En Revista Catalana de Seguretat Pública, Barcelona. p.133

<sup>3</sup> STC peruano, dictada en el Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, (FJ. 7)



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»

3.9 En el sistema comparado, tenemos configuraciones jurisprudenciales como las efectuadas por el Tribunal Constitucional Español<sup>4</sup> [en adelante el TC español], en el sentido de que el derecho al secreto de las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad de la comunicación frente a terceros ajenos a ella, con eficacia *erga omnes*, tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos. En este sentido, el ámbito de protección se extiende a cualquier comunicación, sea cual sea el medio elegido<sup>5</sup> Según el TC español, **el derecho al secreto de las comunicaciones, en su vertiente positiva, consagra implícitamente la libertad de comunicaciones, y de forma explícita, su reserva e impenetrabilidad**. Por ello, el concepto jurídico de lo secreto tiene un carácter formal y abstracto, y se predica de lo comunicado, cualquiera que sea su contenido. Así refiere que, en definitiva, protege también a aquellas comunicaciones que no se refieren al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado<sup>6</sup>.

3.10 En esta perspectiva, sostiene el TC español<sup>7</sup> que **la vulneración de este derecho se puede producir tanto:**

- a) **por la interceptación en sentido estricto; esto es, la aprehensión física del soporte del mensaje** –con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación;
- b) **como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado** (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)

3.11 Desde la perspectiva jurisprudencial del Tribunal constitucional peruano [en adelante el TC peruano], la protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el numeral 10) del artículo 2° de la Constitución reconoce, garantiza que:

«toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley»<sup>8</sup>.

3.12 Refiere que el secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados, comprende la comunicación misma, sea cual fuese su contenido,

<sup>4</sup> STC español 114/1984.

<sup>5</sup> STC español 70/2002.

<sup>6</sup> STC español 34/1996

<sup>7</sup> STC español 123/2002).

<sup>8</sup> STC dictada en el Exp. N.° 1058-2004-AA/TC, f.j. 18



pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado<sup>9</sup>. En este sentido, resalta que:

«El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello»<sup>10</sup>.

3.13 En otra oportunidad ha resaltado el TC peruano que debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución dispone que 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”<sup>11</sup>.

3.14 En tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup> [en adelante la Corte] ha señalado que:

«Las conversaciones telefónicas, constituyen una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla<sup>118</sup>. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación».

3.15 Respecto a la vida privada sostiene la Corte<sup>13</sup> que:

<sup>9</sup> STC dictada en el Exp. N° 02863-2002-AA/TC, f.j. 3

<sup>10</sup> STC dictada en el Exp. N° EXP. N.° 2863-2002-AA/TC, f.j. 3

<sup>11</sup> STC dictada en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, f.j. 23.

<sup>12</sup> Caso Escher y Otros Vs. Brasil

<sup>13</sup> Ibid



«el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública»

En este sentido, precisa que:

«conforme se desprende del artículo 11.2 de la Convención, el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática»

Finalmente, sentencia la Corte que:

«el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto a su honor, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra y reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona»

#### **§. 4 Necesidad de orden judicial para acceder al contenido de un dispositivo móvil cuando el titular del mismo no presta consentimiento.**

3.15 En la práctica de la investigación del delito, la autoridad fiscal, cuando incauta un dispositivo móvil (celular) al sospechoso, investigado o imputado, dispone el acceso al contenido del mismo, solicitando el consentimiento del titular. Sin embargo, la cuestión se presenta, cuando el titular del móvil no autoriza el acceso. Es necesario, en este caso, que el Fiscal obtenga previamente la autorización judicial?

3.16 Al respecto, conviene traer a colación la decisión tomada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso [Riley v. California](#)<sup>14</sup>, que, luego de un análisis profundo de toda la doctrina Robinson sobre recopilación de evidencia sin autorización judicial, concluye señalando que los dispositivos móviles, son en realidad minicomputadoras, que no solamente constituyen directorios telefónicos digitales, que no se limitan a registrar llamadas entrantes y salientes o mensajes de texto, sino que, en realidad almacenan una serie de información referida a distintos ámbitos de la persona humana, pertenecientes a la intimidad y privacidad. En tal sentido, el acceso al contenido de los mismos es definitivamente intensa; lo que debe implicar que el Estado garantice al ciudadano que toda medida de acceso a estos ámbitos de protección, debe dictarse previa verificación de su proporcionalidad; la misma que importa juicio jurisdiccional.

<sup>14</sup> Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/>



- 3.17 Ahora bien, en efecto, un dispositivo móvil no solamente constituye un directorio telefónico digital, de archivo de llamadas salientes y entrantes, de registro de mensajería [textos, messenger, whatsapp, Skype, etc], sino que constituye un soporte digital donde las personas almacenamos una serie de datos e información relacionados con nuestras vivencias, intereses, preferencias, propios de nuestra autodeterminación y, que como tal, forman parte de nuestra esfera estrictamente priva o íntima. Entonces, en tal contexto, no queda duda alguna que, el acceso a tal información, en principio, solamente será posible cuando expresemos en forma personal e inequívoca nuestro consentimiento y, en segundo lugar, cuando, el poder público, previa justificación constitucional, disponga el acceso; esto es, vía autorización judicial.
- 3.18 En este sentido, conviene precisar que el artículo 13.4 de la Ley N° 29733 –Ley de protección de datos personales- prevé que el acceso a los datos personales, sin autorización del titular, requiere, autorización judicial. El contenido normativo es el siguiente:

«Las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos, cuando sean de carácter privado o uso privado, solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez o con autorización de su titular, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los datos personales obtenidos con violación de este precepto carecen de efecto legal»

- 3.19 Siendo así, la decisión de la autoridad de conocer el contenido de un celular, tanto cuando se trata de acceder al contenido de las comunicaciones privadas, como a los demás datos personales, si el titular del derecho no ha prestado su consentimiento [**que debe ser previo, informado, expreso e inequívoco**], deberá indefectiblemente solicitar autorización judicial; caso contrario, se reputa como acto constitucionalmente ilícito.

#### §. 5 Excepciones a la regla de exclusión.

- 3.20 La regla de exclusión admite algunas excepciones. En efecto, la jurisprudencia norteamericana, creadora de la fórmula de exclusión de la prueba por ilicitud en su obtención, admite determinados supuestos a la eficacia refleja de la prueba prohibida. Así, se han postulado, como excepciones: **a)** fuente independiente, **b)** descubrimiento inevitable, **c)** nexo causal atenuado, **d)** buena fe. Así mismo, la jurisprudencia europeo continental, concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha incorporado, como criterio para evaluar las excepciones a la regla de la exclusión, la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad que, en realidad propone una metodología diferente. Este Tribunal se decanta por la primera posición, por tanto, corresponde desarrollar cada una de las referidas excepciones.



- 3.21 **La fuente independiente.** Se presenta cuando se constate una desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. En realidad, representa una manifestación negativa de relación causal. Esta excepción se aplicó, entre otros, en el caso *Segura vs. United States*, donde la defensa solicitó la exclusión del material probatorio obtenido, toda vez que la policía entró en el domicilio de los sospechosos sin autorización judicial, para detenerlos por cierto tiempo hasta que lograron obtener la correspondiente autorización judicial en mérito a la información recabada de manera ilegal. En este caso, se excluyó únicamente la prueba obtenida en el momento del ingreso al domicilio, mas no aquella que fuera obtenida con posterioridad a la autorización judicial.
- 3.22 **El descubrimiento inevitable** Esta excepción permite admitir y valorar una prueba obtenida ilícitamente cuando se pueda sostener la probabilidad de que, de todos modos, se hubiera obtenido siguiendo un procedimiento o actividad lícito. Por tanto, esta excepción permite sostener la validez de una prueba derivada de forma natural de otra inconstitucional, cuando se considere que, si no hubiese habido tal lesión al derecho fundamental, la prueba habría sido inevitablemente obtenida o adquirida de forma independiente. Esta excepción fue formulada por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Nix Vs. Williams*.
- 3.23 **El nexo Causal atenuado.** Conocida como Tinte diluido o del *Purget Taint*, sostiene que la ilicitud de una prueba ha disminuido, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea, y por lo tanto esta prueba puede ser admitida y valorada. Fue sostenida en el caso *Wong Sun Vs. United States*, que se concentra en lo siguiente: La policía ingresó a un domicilio ilegalmente y detuvo a una persona por estar en posesión de droga, ésta en su declaración sindicó a otro sujeto de haberle vendido la droga; a consecuencia de esta declaración, la policía detuvo al sujeto sindicado, incautándole una determinada cantidad de droga; este segundo sujeto implicó a un tercero que también fue detenido. Luego, de algunos días y después de obtener su libertad bajo fianza, se apersonó voluntariamente a prestar su declaración, previa lectura de sus derechos ante los agentes policiales, confesando el delito cometido. La Corte, excluyó todas las pruebas obtenidas, menos la confesión del último sujeto, bajo el argumento de que, si bien es cierto que de no haberse producido el ingreso ilegal en el domicilio probablemente no se hubiera dado; sin embargo, la voluntariedad del declarante constituye un acto independiente del acto ilícito inicial.
- 3.24 **La buena fe.** Esta excepción justifica la valoración de la prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental cuando quienes la consiguieron han actuado bajo la creencia de estar obrando conforme a una cobertura de legitimidad constitucional; es decir, convencidos que han procedido correctamente. En este caso, se trata de un supuesto típico de prueba ilícita directa y no indirecta o derivada como el planteamiento de los anteriores. Resalta en el caso *León Vs. United States*.



## §.6 Del ámbito recursal: Limitación y congruencia

- 3.20 Según el principio de limitación, el recurso de apelación, previsto en el artículo 409.1° del Código Procesal Penal, confiere al Tribunal, competencia para resolver sólo el extremo o materia impugnada. Esto significa que el Tribunal no puede fundamentar su decisión en temas que no han sido materia de contradicción oportuna ni alegados por los sujetos procesales, puesto que hacer lo contrario, se estaría violando el derecho de defensa de las partes y el principio de seguridad jurídica.
- 3.21 Por tanto, según la interpretación de la Corte Suprema, la competencia del Tribunal de alzada, se circunscribe a resolver los agravios que han sido sustentados en la audiencia de apelación y, que, además, deben estar expresados en el recurso impugnatorio, que ha sido postulado dentro del plazo legal y antes de que haya sido concedido, mas no a los efectuados con posterioridad a ello; mucho menos evaluar una prueba no invocada; pues, de ocurrir ello, por un lado, se vulnera el principio de congruencia recursal y, por otro, se afecta el derecho a la defensa de la contraparte.
- 3.22 No obstante ello, el Tribunal se encuentra habilitado para declarar la nulidad de oficio cuando advierta vicios procesales trascendente y que afecten el contenido esencial de una garantía jurisdiccional que trascienda la facultad dispositiva de algún derecho fundamental o bien constitucional. En cuyo caso, el Tribunal debe explicitar cuál es el principio que requiere promoción; es decir, precisar el fin que persigue la medida adoptada. En otras palabras, la facultad nulificante del Juez *Ad quem*, importa la observancia del principio de proporcionalidad que, en palabras de Aharon Barak, viene a estar constituido por cuatro componentes, a saber: i) el fin adecuado, ii) la conexión racional, iii) los medios necesarios, y iv) la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental o bien constitucional intervenido.

## §. 7 Análisis del caso concreto: Agravios.

- 3.23 El agravio denuncia que el A quo ***ha incidido en error iudicando, al haber interpretado indebidamente la norma constitucional en el fundamento 2.4 de la sentencia, en el sentido de que no se afectaría el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, al aperturar un teléfono celular sin tener autorización judicial o el consentimiento de su titular.*** Refiere que cuestiona el Acta de fecha 03 de setiembre de 2016, donde se dispone la apertura, deslacrado, visualización, registro y lectura de un teléfono celular, sin tener una autorización judicial o de su titular, sólo con el consentimiento de un Abogado Defensor Público y el representante del Ministerio Público; razón por la cual solicita sea excluida vía tutela de derechos porque con ella se afecta el contenido esencialmente protegido por el artículo 2°, inciso 10 de la Constitución, específicamente el derecho al secreto de las comunicaciones.



- 3.24 El argumento central de la defensa técnica sostiene que la protección constitucional del secreto de las comunicaciones no solamente protege el tránsito de la comunicación privada, sino también el soporte donde se almacena la misma. Refiere que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el contenido esencialmente protegido del derecho al secreto de las comunicaciones, no es solamente está dirigido en contra de la aprehensión de las comunicaciones en tiempo real, es decir las interceptaciones o chuponeos telefónicos, sino también los instrumentos donde se almacenan.
- 3.25 En tal sentido, la controversia se delimita a determinar si en efecto, la protección constitucional abarca los instrumentos que almacenan el contenido de la información proveniente de las comunicaciones privadas o, solamente la comunicación como en sí misma. En tal sentido corresponde analizar el razonamiento jurisdiccional puesto en cuestión; el mismo que señala lo siguiente:

“2.4.- Análisis del acaso en concreto.- Conforme a los fundamentos de la solicitud de exclusión de elemento de convicción (Ver escrito de fojas 15/19 del presente cuaderno), oralizado en la respectiva audiencia, se tiene que el letrado recurrente pretende se excluya como elemento de convicción el “Acta de Apertura de Lacrado, Visualización, lectura de Memoria de un (01) Teléfono Celular, incautado en el Hallazgo”, básicamente, bajo el argumento que, se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones; sin embargo, no precisa cual es ese derecho a la vida privada, que habría sido conculcado con el acto procesal Fiscal que pretende su exclusión. Más al contrario, del contenido del acta en cuestión, se advierte que el Ministerio Público al realizar la lectura y registro de memoria del teléfono celular marca “Azumi”, únicamente constató lo siguiente: a) El directorio telefónico, es decir los números de contacto registrados en el teléfono celular); b) Registro de llamadas perdidas; c) Registro de llamadas realizadas o salientes; d) Registro de llamadas recibidas; e) Con relación a los mensajes recibidos, anotó su intrascendencia para los fines de la investigación; y, f) Respecto a los mensajes enviados, no se tuvo dato alguno. Siendo ello así, no se evidencia interceptación de alguna comunicación que haya realizado el titular del teléfono celular incautado con otra u otras personas y que además esté vinculado a una intromisión en la vida privada o íntima de persona alguna”.

- 3.26 Del análisis de la *ratio decidendi*, el argumento del *A quo* para desestimar la tutela pretendida, se sustenta en el hecho de que el imputado no ha precisado cuál es el derecho a la vida privada que ha sido conculcado con la decisión fiscal de acceder al contenido del celular sin autorización del titular del mismo, menos que haya obtenido autorización judicial. Es decir, para el *A quo*, la medida adoptada por el Fiscal de disponer la lectura del dispositivo móvil no lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones, pues no hay otra forma de entender lo que enuncia. Siendo así, corresponde, **determinar sí, en el caso concreto, el representante del Ministerio Público requería de una autorización judicial, toda vez que no**



*media consentimiento alguno del imputado para la lectura del celular marca “Azumi”, que se le ha incautado.*

- 3.27 Según lo expuesto en el fundamento 3.11 de la presente resolución, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal como el Tribunal Constitucional ha precisado supone una **«protección adecuada de las mismas, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley»**. En este sentido, en el numeral 3.12 se da cuenta que, a decir del Tribunal Constitucional, ha señalado que **«se conculca el derecho** tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, **como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello»**.
- 3.28 Siendo así, el dispositivo móvil, qué duda cabe, constituye un instrumento que almacena información sobre las comunicaciones privadas, como es la referida a las personas con quienes se ha efectuado comunicaciones telefónicas desde el terminal móvil con otros terminales telefónicos, así como mensajes, etc. Por tanto, queda claro que el Ministerio Público, para que haya podido acceder legítimamente al contenido de la información sobre las comunicaciones contenida en el celular, que fuera incautado al imputado Félix Curo Huamán, ha debido solicitar autorización judicial.
- 3.29 Por otro lado, tal como se ha dado cuenta en la presente resolución para acceder a un soporte digital o electrónico que contenga información relacionada con datos personales protegidos por la ley de protección de los datos personales, como es la intimidad o privacidad, constitucionalmente protegidos, se requiere, a falta de consentimiento del titular, autorización judicial; de lo contrario carecen de efecto legal alguno. Es decir, aun cuando la medida de acceder al contenido de un dispositivo móvil no incidiera sobre el secreto de las comunicaciones, igualmente se requiere autorización judicial, cuando el titular no presta consentimiento conforme a ley.
- 3.30 Finalmente, en el presente no se advierte la concurrencia de alguno de los supuestos de excepción a la regla de exclusión. Es más, el representante del Ministerio Público no ha alegado absolutamente nada en este extremo. En consecuencia, corresponde estimar el recurso de apelación interpuesto y, por ende, revocar la resolución impugnada y, reformándola, declarar fundada la pretensión de tutela de derechos, siendo la consecuencia jurídica la exclusión del elemento de convicción obtenido vulnerando el contenido esencial del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas del imputado Félix Curo Huamán.

#### **IV.- DECISIÓN**

Los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Ayacucho **RESOLVEMOS** por mayoría:

1. **DECLARE FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado FÉLIX CURO HUAMÁN. En consecuencia, se **REVOQUE**, la resolución N° 15, de fecha 14 de noviembre de 2017, que declara infundada la solicitud de exclusión de elemento de convicción vía tutela de derecho, formulada



por la defensa técnica del imputado FÉLIX CURO HUAMÁN, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio del Estado.

2. **REFORMANDOLA se DECLARA FUNDADA** la solicitud de Tutela de Derechos; para tal fin, se **EXCLUYE** de la Investigación Preparatoria el “Acta de Apertura de Lacrado, Visualización, lectura de Memoria de un (01) Teléfono Celular, incautado en el Hallazgo” como elemento de convicción y/o de prueba.

Ss.

**BECERRA SUÁREZ.-**

MAGALLANES RODRIGUEZ.-

**EL ESPECIALISTA DE SALA DA CUENTA QUE EL VOTO DEL JUEZ SUPERIOR DR. ANDRÉS ARTURO CHURAMPI GARIBALDI, EN CUANTO AL JUICIO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN, ES COMO SIGUE:**

#### **1.- AUDIENCIA DE APELACIÓN:**

Conforme a lo actuado durante la audiencia de apelación, el Abogado Defensor del investigado Félix Curto Huamán sostiene que su recurso de apelación está dirigido a que se revoque la resolución recurrida por incurrir en error in iudicando (error in iure), esto es, por la errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 2° numeral 10) de la Constitución Política del Estado, pues, según el A-Quo, no se incurre en violación al secreto de las comunicaciones al realizarse la lectura del contenido de un teléfono celular sin autorización judicial y sin el consentimiento del titular del teléfono celular.-

#### **2.- CONTROL DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO**

##### **2.1- Consideraciones Previas:**

**2.1.-** Como antecedente de la resolución impugnada se tiene que el Abogado Defensor ha solicitado la exclusión de la fuente de prueba, consistente en el Acta de apertura de lacrado, visualización, lectura de memoria de un teléfono celular incautado, por haber sido obtenido con evidente violación del derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.-

**2.2.-** En cuanto al derecho a la instancia plural, es preciso señalar que conforme ha dejado establecido por el Tribunal Constitucional en los fundamentos 3 y 5 de la Sentencia N° 03639-2012-PA/TC-CUSCO (caso Martha Cornejo Muños), constituye un derecho fundamental de configuración legal. En tal sentido, le



corresponde al legislador crear los recursos procesales estableciendo los requisitos que se deben cumplir para que estos sean admitidos además de prefigurar el procedimiento que se debe seguir. En ese orden, la exigencia de fundamentación del recurso de apelación es una manifestación de delimitación legislativa del contenido del derecho, es decir, es una exigencia que se encuentra justificada.-

**2.3.-** Con relación a los principios de limitación y congruencia en el procedimiento recursivo, conforme ha dejado establecido la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 413-2014-LAMBAYEQUE, los agravios expresados en los recursos impugnatorios son los que van a definir y delimitar el pronunciamiento del Tribunal Revisor; no es posible emitir pronunciamiento fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas y concedidos. Admitir y emitir pronunciamiento sobre nuevos agravios postulados con posterioridad a los expresados en el escrito de impugnación sería vulnerar el principio de preclusión y de igualdad que debe existir entre las partes en un proceso, pues, significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrían ser contradichos por los otros sujetos procesales.-

**2.4.-** Por último, respecto de los agravios que deben expresar la parte que impugna una resolución a través del recurso de apelación, tal como se ha dejado establecido en el Recurso de Nulidad N° 2421-2011-CAJAMARCA, el recurrente tiene la obligación de fundamentar el recurso y explicitarlo de forma acabada el por qué discrepa de los motivos que expuso el órgano jurisdiccional en la sentencia o auto respecto a lo que es materia de controversia penal, fundamentalmente explicando claramente los errores de la resolución que cuestiona. Es decir, según los fundamentos de esta Ejecutoria Suprema, no basta no estar de acuerdo con lo resuelto en primera instancia, sino, que se deben dar razones fácticas y jurídicas para la disconformidad indicando por qué el Tribunal de instancia no apreció en forma correcta o adecuada los hechos y por qué su valoración o compulsión de los medios de prueba no resulta correcta o en su defecto se incurrió en omisión de estimación de algún elemento probatorio; debe en definitiva, demostrarse que la resolución es errónea, ha omitido alguna cuestión o presenta deficiencias; es así que no puede hacerse una mera remisión a escritos anteriores o transcripciones normativas, doctrinales o solamente repetir lo que expuso el Juez sin refutarlo de manera razonada y suficiente. Es decir, el recurso de apelación debe contener una crítica razonada y concreta de las argumentaciones del Juzgador. Los agravios deben constituir un acto de impugnación destinado específicamente a criticar la resolución recurrida, de manera que la crítica debe ser precisa y determinada; que, de tal forma la repetición innecesaria de conceptos y exageradas transcripciones desvirtúan la finalidad de la impugnación, pues, no cumpliría con los deberes de colaboración y respeto a la Justicia así como al adversario.

### **3.- CALIFICACIÓN DEL RECURSO:**



**3.1.-** Bajo dicho parámetro jurisprudencial, efectuando el respectivo control de admisibilidad del recurso de apelación que obra a folios 136-139 y oralizado durante la audiencia de apelación, se advierte que éste no contiene una expresión de agravios con la calidad exigida en el Recurso de Nulidad anteriormente descrito, pues, el recurrente se ha limitado en transcribir -en primer lugar- el fundamento 2.4 de la resolución recurrida; y, en segundo lugar se ha limitado en transcribir lo dispuesto en el inciso 10) del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado, sin efectuar un cuestionamiento razonado con relación a los errores u omisiones en que habría incurrido la Juez A-Quo.-

**3.2.-** Si bien es cierto indica que el A-Quo habría efectuado una errónea interpretación de la disposición constitucional contenida en el artículo 2.10 y que dicha interpretación está contenida en el fundamento jurídico N° 2.4 de la resolución recurrida, sin embargo, revisando su recurso de apelación se aprecia que el referido fundamento jurídico 2.4 no contiene interpretación alguna que habría efectuado el A-Quo respecto de la disposición constitucional referida al Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino, se aprecia que dicho fundamento jurídico 2.4 contiene una interpretación que ha efectuado el A-Quo, pero, sobre los hechos (juicio de subsunción); no sobre la disposición Constitucional.-

**3.3.-** En ese sentido, en aplicación del Recurso de Nulidad N° 2421.2011-Cajamarca, se tiene que la parte recurrente no ha cumplido con expresar agravios con una adecuada técnica recursiva, esto es, al haber invocado la errónea interpretación de la disposición constitucional y sin embargo, en su recurso de apelación no ha expresado agravio alguno referido a dicho error in iudicando, por lo que no siendo posible incorporar nuevos agravios luego de haber precluido la etapa para interponer el recurso de apelación, conforme a lo establecido en la Casación N° 413-2014-Lambayeque, se establece que el recurso interpuesto no contiene el agravio alguno y por ende no cumple con uno de los requisitos formales exigidos en el literal c) del numeral 1) del artículo 405° del Código Procesal Penal.-

### **III.- DECISIÓN:**

Consideraciones por las cuales **MI VOTO** es que se **DECLARE:**

**1.- INADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del Imputado Félix Curo Huamán, contra la Resolución N° 15 de fecha 14 de noviembre de 2017 emitido por el Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Huamanga en la que se ha resuelto declarar infundada la solicitud de exclusión de elemento de convicción a través de la tutela de derechos. En consecuencia;

**2.- NULO EL CONCESORIO** contenido en la resolución N° 16 de fecha 27 de noviembre de 2017, obrante a fojas 141-142.

**Ss.**



CHURAMPI GARIBALDI.-

legis.pe