

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**Derecho al secreto e inviolabilidad de las
comunicaciones en la relación de pareja, Perú - 2021**

Lourdes Misshel Ambulay Alvarado

Para optar el Título Profesional de
Abogado

Piura, 2022

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Dr. Roseleyev Ramos Reymundo

Dedicatoria

En memoria de Bilberto y Felipe Alvarado, hombres ejemplo que me guiaron por el sendero del bien y que, sin embargo, no pudieron físicamente verme cristalizar mis sueños.

A las mujeres y hombres violentados por sus parejas, que por temor o desconocimiento no hacen respetar sus derechos fundamentales.

Agradecimientos

A Dios que es fuente de toda posibilidad.

A mi novio Álvaro, a mis pequeños Brunella y Alessandro por colmar de felicidad mis días.

A mis queridos padres Inés y Hernaldo por todo el sacrificio invertido en mi persona; a mis hermanos Susan Jhosver y Diego por alentarme a superarme cada día; a mi abuelita Agapa y mi padrino Mariano por todo el cariño y soporte incondicional brindado; a mis queridas amigas Lourdes, Carla y Vania.

Finalmente, y no por ello menos importante, mis sinceros agradecimientos a mi asesor Dr. Roseleyev Ramos, por la paciencia y dedicación durante la ejecución de mi investigación y a la Universidad Continental por permitirme concretar mis estudios en la carrera profesional de Derecho.

Índice

Dedicatoria.....	3
Agradecimientos	4
Índice	5
Resumen.....	10
Abstract.....	12
Introducción	14
CAPÍTULO I	18
PLATEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	18
1.1 Planteamiento del Problema.....	18
1.2 Formulación del Problema.....	21
1.2.1 Problema principal	21
1.2.2 Problemas específicos	22
1.3 Objetivos.....	22
1.3.1 Objetivo principal	22
1.3.2 Objetivos específicos	22
1.4 Justificación e Importancia	22
1.4.1 Justificación	22
1.4.2 Importancia	25
1.5 Categorías y Subcategorías	26
1.5.1 Categorías	26
1.5.2 Subcategorías	26
1.6 Delimitación de la Investigación.....	27
1.6.1 Espacial	27
1.6.2 Temporal.....	27
1.6.3 Social.....	27
1.7 Limitaciones de la Investigación.....	28
CAPÍTULO II	29
MARCO TEÓRICO.....	29
2.1 Antecedentes de la Investigación.....	29
2.1.1 Artículos científicos	29
2.1.2 Antecedentes internacionales.....	31
2.1.3 Antecedentes nacionales	33

2.2 Bases Teóricas	35
2.2.1 Consideraciones previas.....	35
2.2.2 Evolución histórica	43
2.2.3 El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	46
2.2.4 El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano.....	50
2.2.5 Relación de pareja.....	57
2.3 Definición de Términos Básicos	61
CAPÍTULO III.....	63
METODOLOGÍA	63
3.1 Tipo y Método de la Investigación	63
3.1.1 Enfoque de la investigación	63
3.2 Tipo de la Investigación.....	64
3.3 Método de la Investigación	66
3.4 Diseño Muestral	66
3.2 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	69
3.2.1 Técnicas de recolección de datos	69
3.2.2 Instrumentos de recolección de datos	69
3.4 Técnicas de Procedimiento y Análisis de Datos	72
3.5 Aspectos Éticos.....	73
3.5.1 Integridad científica	73
3.5.2 Conflicto de intereses.....	74
3.5.3 Mala conducta científica	74
3.5.4 Plagio y autoplagio.....	74
3.5.5 Comité de ética de la investigación.....	75
3.5.6 Consentimiento informado.....	75
CAPÍTULO IV.....	76
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	76
4.1 Resultados del Tratamiento de la Información	76
4.1.1 Descripción del trabajo de campo.....	76
4.1.2. Análisis y síntesis de los resultados	77
4.1.3 Análisis resoluciones judiciales	96
4.2 Resultados del primer objetivo	99
4.3 Resultados del Segundo Objetivo	100

4.4 Resultados del Tercer Objetivo.....	100
4.5 Resultados del Cuarto Objetivo	101
4.6 Discusión de los Resultados.....	102
4.6.1 Discusión de los resultados del primer objetivo	102
4.6.2 Discusión de los resultados del segundo objetivo.....	103
4.6.3 Discusión de los resultados del tercer objetivo	105
4.6.4 Discusión de los resultados del cuarto objetivo	106
Conclusiones	108
Recomendaciones	110
Referencias.....	111
Anexo A: Matriz de consistencia	113
Anexo B: Instrumento 1.....	114
Guía de entrevista: cuestionario con preguntas abiertas juez.....	114
Anexo C: Instrumento 2.....	115
Guía de entrevista: cuestionario con preguntas abiertas fiscal.....	115
Anexo D: Instrumento 3.....	116
Guía de entrevista: cuestionario con preguntas abiertas: abogado.....	116
Anexo E: Modelo de consentimiento informado	117
Anexo F: Resoluciones judiciales	118

Índice de Tablas

Tabla 1 Criterios de inclusión y de exclusión de la muestra.....	68
Tabla 2 Descripción de resoluciones judiciales materia de análisis.....	71
Tabla 3 Codificación de categorías de la entrevista a jueces	78
Tabla 4 Codificación de categorías de entrevista a fiscales.....	82
Tabla 5 Codificación de categorías entrevista abogados	86

Índice de Figuras

Figura 1. Artículo 2 inciso 10. Fuente: Constitución Política del Perú.....	51
Figura 2. Artículo 16. Fuente: Código Civil	51
Figura 3. Artículo 161. Fuente: Código Penal	52
Figura 4. Artículo 11. Fuente: Convención Americana de Derechos Humanos	54
Figura 5. Casos Relevantes. Fuente Elaborado por la autora.....	56
Figura 6. Red semántica entrevista juez 1. Fuente: Software Atlas.Ti	79
<i>Figura 7. Red semántica entrevista juez 2. Fuente: Software Atlas.Ti</i>	<i>80</i>
Figura 8. Red semántica entrevista juez 3. Fuente: Software Atlas.Ti	81
Figura 9. Red semántica entrevista fiscal 1. Fuente: Software Atlas.Ti	83
Figura 10. Red semántica entrevista fiscal 2. Fuente: Software Atlas.Ti	84
Figura 11. Red semántica entrevista fiscal 3. Fuente: Software Atlas.Ti	85
Figura 12. Red semántica entrevista abogado 1. Fuente: Software Atlas. Ti	87
Figura 13. Red semántica entrevista abogado 2. Fuente: Software Atlas. Ti	88
Figura 14: Red semántica entrevista abogado 3. Fuente: Software Atlas. Ti	89
Figura 15. Red semántica entrevista abogado 4. Fuente: Software Atlas. Ti	90
Figura 16. Red semántica entrevista abogado 5. Fuente: Software Atlas. Ti	91
Figura 17. Red semántica entrevista abogado 6. Fuente: Software Atlas. Ti	92
Figura 18. Red semántica entrevista abogado 7. Fuente: Software Atlas. Ti	93
Figura 19. Red semántica entrevista abogado 8. Fuente: Software Atlas. Ti	94
Figura 20. Red semántica entrevista abogado 9. Fuente: Software Atlas. Ti	95
Figura 21. Red semántica resoluciones judiciales parte 1. Fuente: Software Atlas. Ti	97
Figura 22. Red semántica resoluciones judiciales parte 2. Fuente: Software Atlas. Ti	98

Resumen

El presente trabajo de investigación denominado “Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021)”;

asume como objetivo principal el describir la aplicación jurídico-práctico del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Para su elaboración, se ha utilizado el enfoque cualitativo y el paradigma interpretativo con un método inductivo fenomenológico. Asimismo, el tipo de investigación es pura o básica, nivel descriptivo y diseño de investigación documental. Además, se ha realizado un muestreo de tipo no probabilístico con un procedimiento muestral por conveniencia.

Respecto a la técnica para la recolección de datos, se utilizó la entrevista teniendo de instrumento la guía de entrevista, la cual está compuesta por diez preguntas abiertas relativas a las categorías planteadas en la investigación. En cuanto a los sujetos parte de la presente son tres jueces penales, tres fiscales y nueve abogados expertos en derecho penal y constitucional, asimismo se examinan diez resoluciones judiciales peruanas sobre el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad.

Para el análisis de la información, se empleó el *software* Atlas Ti; en ese sentido, el principal hallazgo de la presente investigación es que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho fundamental reconocido en los diversos instrumentos jurídicos del derecho internacional de los cuales el Perú es parte. Además, a nivel interno está protegido en el inciso 10 artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el mismo que encuentra sus límites, los mismos que de la misma forma se encuentran establecidos por la ley. La protección de este derecho solo puede ser levantada por orden expresa del juez y mediante una resolución debidamente motivada, observando las garantías señaladas en la ley.

Finalmente, se concluye que, en el Perú durante el 2021, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones dentro de la relación de pareja no se aplicó de manera adecuada, en razón de que su vulneración dentro de la misma se ha convertido en una práctica normal, pese a constituir un injusto penal advertido en el artículo 161 del Código Penal: violación de correspondencia.

Palabras clave: derecho al secreto de las comunicaciones, inviolabilidad de las comunicaciones, derecho a la intimidad, relación de pareja, violación de la correspondencia, agravante.

Abstract

The present research work called "Right to secrecy and inviolability of communications in the couple relationship, Peru (2021)"; assumes as its main objective to describe the legal-practical application of the right to secrecy and inviolability of communications in the couple relationship within the Peruvian legal system.

For its elaboration, the qualitative approach and the interpretative paradigm have been used with an inductive phenomenological method. Likewise, the type of research is pure or basic, descriptive level and documentary research design. In addition, a non-probabilistic sampling has been carried out with a sampling procedure for convenience.

Regarding the technique for data collection, the interview was used using the interview guide as an instrument, which is composed of ten open questions related to the categories raised in the research. As for the subjects part of the present are three criminal judges, three prosecutors and nine lawyers experts in criminal and constitutional law, as well as ten Peruvian judicial decisions on the right to secrecy and inviolability of communications and the right to privacy.

For the analysis of the information, the Atlas Ti software was used; in that regard, the main finding of the present investigation is that the right to secrecy and inviolability of communications is a fundamental right recognized in the various legal instruments of international law to which Peru is a party. In addition, at the domestic level, it is protected in paragraph 10, article 2 of the Political Constitution of Peru, the same one that finds its limits, the same ones that in the same way are established by law. The protection of this right can only be lifted by express order of the judge and by means of a duly reasoned resolution, observing the guarantees indicated in the law.

Finally, it is concluded that, in Peru during 2021, the right to secrecy and inviolability of communications within the couple's relationship was not properly applied, because its violation within it has become a normal practice, despite constituting an unjust criminal noticed in article 161 of the Criminal Code: violation of correspondence.

Keywords: right to secrecy of communications, inviolability of communications, right to privacy, relationship, violation of correspondence, aggravating circumstance.

Introducción

En las relaciones de pareja, llámese noviazgo, concubinato y matrimonio, surge un quebrantamiento al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Dicha transgresión se debe a que de las relaciones de pareja surge un vínculo de afinidad, y en mérito a este, las parejas comparten ciertas cosas en relación al nivel de intimidad que posean; sin embargo, hay información que muchas veces no desean compartir con ellas por diversos motivos que no deben ser discutibles. En ese contexto, algunas parejas consideran que ello no debería ser así, y que todo lo que su pareja hace, comparte o conversa con terceros debería ser de su conocimiento, por ello recurren a usar diversas maneras de acceder al móvil, computadora o cualquier otro dispositivo a efectos de visualizar sus aplicaciones como Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, correo electrónico, mensajería, entre otros; y de esta manera enterarse de todo lo que apetecen; dicho acceso se da a escondidas de la pareja, o muchas veces en su presencia y sin su consentimiento.

Recientes investigaciones, como la realizada por Álvarez (2018), sugieren que, las comunicaciones que se expresan a través de medios sociales y la escasa jurisprudencia que existe no ha sido idónea para solucionar apropiadamente los inconvenientes que se han trazado y, a partir de estudios formalistas, ha imposibilitado la debida defensa que estas nuevas modalidades de comunicación merecen. Aunado a ello, Ocón (2020) concluye que la obligación de contribuir a la eficacia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, derivada de su dimensión objetiva, requiere de los poderes públicos la protección de su contenido jurídico-objetivo en la vida social. Por otro lado, Recra (2017) consuma que la garantía de la reserva de la fase de comunicación y de su contenido, impide que se produzca la depresión y el daño moral a la persona humana.

Al respecto, entre las razones que motivaron la ejecución de la presente investigación está que es producto de conversaciones de la investigadora con personas cercanas, quienes han manifestado ser víctimas y en otros casos victimarios de la violación de este derecho fundamental.

En relación con la metodología de la presente investigación, esta se lleva a cabo mediante un enfoque cualitativo, paradigma interpretativo y método inductivo fenomenológico. El tipo de investigación es pura o básica, su nivel es descriptivo con un diseño de investigación documental. En ese sentido, se ejecuta, un muestreo de tipo no probabilístico con un procedimiento muestral por conveniencia.

La técnica que se utilizó para recopilar datos es la entrevista, y tiene como instrumento la guía de entrevista que contiene diez preguntas abiertas sobre las categorías planteadas en el estudio. Se analizan diez resoluciones judiciales sobre el derecho al secreto, la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad que fueron dictadas en el Perú. Los sujetos de este son tres jueces penales, tres fiscales y nueve abogados especialistas en derecho penal y constitucional. Para el análisis de la información, se utiliza el *software* Atlas Ti.

En mérito a lo anteriormente señalado, en la presente investigación, tomando como base la referida situación problemática, se analiza el desarrollo legislativo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y secundariamente el derecho a la intimidad, con énfasis en las relaciones de pareja, estudiando su aplicación y tratamiento jurídico, conforme a la situación social y el aspecto psicológico que se enmarca en la realidad, en consecuencia, la composición estructural del presente estudio se ejecuta de la manera que a continuación se detalla:

En el capítulo I, se reseña el planteamiento del estudio, donde se describe la realidad problemática y se plantean los problemas, objetivos, la justificación teórica, la práctica metodológica y social, además se señala la importancia de la investigación, las categorías y las subcategorías, asimismo se traza la delimitación de la investigación en los aspectos espacial, temporal y social y, también se identifican las limitaciones de la investigación.

En el capítulo II, se expone el marco teórico, los antecedentes de la investigación, las bases teóricas en las cuales se apoya, y la definición de términos básicos, a efectos de lograr la correcta comprensión de la presente.

En el capítulo III, se indica la metodología de la investigación, donde se define el enfoque tipo y nivel de investigación, diseño y muestra; así como las técnicas e instrumentos de recolección de datos y de procedimiento y análisis de datos.

El capítulo IV contiene los resultados y discusión de la investigación, en la cual se ha detallado los hallazgos obtenidos y se realiza la discusión de los mismos conforme a los objetivos trazados en la investigación.

En este orden de ideas, el presente trabajo recaba conocimiento teórico y práctico con relación a la aplicación y tratamiento jurídico del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, dentro de la relación de pareja en el Perú durante el 2021, estudiando su desarrollo jurídico, se define el aspecto jurídico social del término relación de pareja y se identifica la relación entre el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad.

Finalmente, cabe precisar que las limitaciones que se han tenido en la presente investigación, de debe a la naturaleza del problema estudiado, ya que se ha encontrado escasa doctrina y jurisprudencia y respecto a la aplicación de la técnica, debido a la tercera ola por la pandemia

COVID-19, se dispuso trabajo remoto para magistrados, lo cual ha significado una demora en la aplicación de las entrevistas virtuales.

CAPÍTULO I

PLATEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1 Planteamiento del Problema

A los seres humanos, concebidos como sujetos de derecho, el Estado les reconoce derechos, deberes y obligaciones; es así que, dentro del catálogo de los primeros se encuentran derechos de diferente carácter: políticos y civiles, sociales, culturales y económicos, entre otros. Dentro de los derechos civiles, se hallan, por ejemplo, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal y familiar.

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones está referido a que la información privada de cada persona está unida de un carácter íntimo, por lo que nadie habría de injerirse en el proceso de comunicación que este tiene con otras personas. Asimismo, el derecho a la intimidad personal supone el derecho de mantener en reserva diferentes aspectos de la vida, como por ejemplo la salud, asuntos personales y familiares, entre otros, siendo que ni el Estado ni terceros pueden interferir sin la libre aprobación del sujeto. Ambos derechos protegidos y garantizados por la constitución, tienen sus excepciones, las cuales están establecidas y desarrolladas por ley.

El hombre, es un ser social, por tanto, se encuentra en constante interacción con los demás individuos; por tanto, de dichas relaciones concretadas se suelen formar distintos lazos como, por ejemplo, familiares, amicales, profesionales, etc. Cuando dos personas se atraen sentimentalmente, estas se unen, conformándose así la relación de pareja, llámese novios, convivientes o esposos, los cuales tienen una relación mucho más estrecha y debido a su naturaleza ciertas consecuencias tienen connotaciones jurídicas.

En la actualidad debido al avance tecnológico, al boom de las redes sociales y uso de dispositivos como computadoras, móviles o tabletas, la comunicación e interacción con el resto del mundo se ha vuelto rápida y eficaz. Todos se encuentran interconectados a cualquier hora del día; sin embargo, ello ha traído consigo que muchas personas se sientan inseguras, celosas o curiosas de saber qué es lo que su pareja comparte o habla con otras personas a través de estos medios y de aplicaciones como Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, correo electrónico, mensajería, y otros. Por estos motivos, recurren a espiarlos, y averiguan sus contraseñas para acceder a sus dispositivos para abrir sus redes sociales y de esta manera estar al tanto de la información privada de sus parejas; en consecuencia, violan derechos fundamentales de la intimidad personal, especialmente el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Este es un problema que no es ajeno a la realidad de muchos países, según datos difundidos por el sitio web el Tiempo.com, Kaspersky, una firma de ciberseguridad y Toluna, empresa de encuestas, que efectuaron un estudio acerca de los instrumentos electrónicos que están situando en peligro la intimidad de las relaciones de pareja. Dicha investigación se realizó en el mes de enero del año 2018 y valuó las prácticas de 18 000 personas, las mismas que provenían de 18 países, entre ellos de Italia, Estados Unidos, Colombia, México, Brasil, y Francia. Los encuestados son individuos mayores de 18 años de edad que han mantenido o tienen una relación amorosa por al menos de medio año de duración.

El estudio comprobó que el 38 % de los encuestados cree que las actividades de su pareja no deben ser secretas para ellos, y alrededor de un tercio de los mismos admite merodear las acciones de su pareja en línea. Por otro lado, el 80 % de las personas opina que en una relación de pareja debe mantenerse cierta privacidad tanto en sus interacciones virtuales como fuera de ellas (Tecnósfera, 2018).

Lo anterior, confirma que la problemática no tiene fronteras, y que en las relaciones de pareja no se están respetando los derechos fundamentales como los que se han mencionado líneas arriba.

En el Perú, que es un país con altos índices de violencia tanto física como psicológica, según señala:

Los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2020, publicados el 28 de mayo de 2021, realizada por el (INEI) Instituto Nacional de Estadística e Informática, que un 54,8% de féminas han sido afectadas por violencia verbal, psicológica, o sexual a manos de su pareja. (La República, 2021)

De acuerdo con ello, no sería extraño que este comportamiento sea visto de manera normal, es decir, se ha vuelto común y lo peor es que las víctimas creen que no tiene nada de malo que sus parejas no respeten su esfera privada, otros callan porque se encuentran atrapados en relaciones tóxicas y no saben cómo actuar, donde acudir, y como frenar estas actitudes. Es más, hace un año, la ONG Manuela Ramos encargó a la (PUCP) Pontificia Universidad Católica del Perú realizar un sondeo a nivel nacional con la finalidad de calcular el porcentaje de mujeres que habían estado en relaciones abusivas potencialmente mortales, dicho estudio reveló lo siguiente:

Que un poco menos de la mitad de una muestra de 2.400 personas encuestadas no creía que el hecho de que su pareja revise su celular cuenta como un comportamiento violento, este porcentaje ascendía a 59 % en la región de Ucayali y a 58% en Ayacucho. (Agencia EFE, 2019, párr.. 6).

Estos datos alarmantes denotan que el problema descrito es real, y que la gente no está distinguiendo el primer eslabón de la violencia ni mucho menos tienen conocimiento de que nadie sin su consentimiento o con las excepciones establecidas por ley puede interferir en su esfera privada y su intimidad personal a efectos de descubrir, curiosear o enterarse del proceso de comunicación que este realiza producto de la interacción con terceros mediante redes sociales o aplicaciones de mensajería; ya que, de ser así, estarían violando su derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Por tanto, es necesario precisar que el interés de realizar la presente investigación surge de conversaciones con personas cercanas, quienes han manifestado padecer este problema o también ser ellos los sujetos que realizan dicha acción. Como se aprecia, este escenario no solo acaba en violar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, sino que podría desencadenarse en otros delitos como, por ejemplo, violencia psicológica o física hacia la víctima, incluso podría terminar en un homicidio si la información que la persona encuentra no es de su agrado y lo altera.

Por las razones anteriormente descritas, resulta interesante y necesario estudiar el desarrollo normativo, la aplicación y el contenido de este derecho fundamental; esto es, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y del término relación de pareja dentro del ordenamiento jurídico peruano a efectos de determinar si este se aplicó de manera adecuada dentro de la relación de pareja.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Problema principal

¿Cómo se aplica el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021)?

1.2.2 Problemas específicos

- ¿Cómo se desarrolla el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano, Perú (2021)?
- ¿Cuál es el aspecto jurídico-social del término “relación de pareja”, Perú (2021)?
- ¿Cuál es la relación entre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad, Perú (2021)?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo principal

Describir la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021).

1.3.2 Objetivos específicos

- Estudiar el desarrollo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano, Perú (2021).
- Definir el aspecto jurídico-social del término “relación de pareja”, Perú (2021).
- Identificar la relación entre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad, Perú (2021).

1.4 Justificación e Importancia

1.4.1 Justificación

Para Sanchez, Reyes, & Mejía (2018), la justificación de una investigación está referida a la “calidad y fundamentación, dicho de otro modo, da respuesta a la cuestión porque y para

que se estudia. Puede tener justificaciones legales o reglamentarias, justificación prácticas o teóricas" (p. 83).

1.4.1.1 Justificación teórica

“La justificación teórica es con relación a las contribuciones de la indagación a la ciencia o entidad teórica utilizada para su defensa.” (Ártigas & Robles, 2010, p. 6).

Por ello, en la presente investigación la justificación teórica se basa en que con su realización se pretende describir cómo es que se está aplicando el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en las relaciones de pareja. Es decir, se estudiará y describirá en qué consiste este derecho fundamental, como se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente en el ordenamiento jurídico peruano y cuál es la situación socio jurídica del término “relación de pareja”; con ello, se aportará a la literatura jurídica nacional una compilación importante respecto al contenido del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

1.4.1.2 Justificación práctica

Para Ártigas & Robles (2010), la justificación práctica “es la agrupación de organizaciones que se examinan, así como, las secciones de influencia de las mismas” (p. 6). De acuerdo con lo referido, el presente estudio se realiza teniendo en cuenta que el hombre se desenvuelve y actúa de acuerdo con las situaciones en las que se encuentre, para ello, está dotado de libertad, sin embargo, cuando esa libertad lo hace adoptar acciones que lo transportan a quebrantar los derechos de otras personas, es cuando se torna necesaria la intervención del Estado. Y es que tratándose de una conducta que se deriva de una situación especial como son las relaciones de pareja, se hace determinante que se haga una revisión del contenido normativo

del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano.

A través de esta investigación se pretende exponer los alcances normativos y doctrinarios del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones dentro de la relación de pareja.

1.4.1.3 Justificación metodológica

“Es el procedimiento científico utilizado, a su vez, el potencial uso en investigaciones futuras” (Ártigas & Robles, 2010, p. 6).

El estudio se justifica metodológicamente debido a que se elaborará un instrumento (cuestionario con preguntas abiertas), dirigido a jueces, fiscales y abogados especialistas en el problema en el que se focaliza la presente investigación; los mismos que ejerzan sus funciones dentro del territorio peruano en el periodo 2021, cuya opinión será contrastada con el análisis teórico de la categoría y el análisis de resoluciones judiciales, siendo que el marco teórico elaborado en torno al análisis de la aplicación y tratamiento jurídico del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, y la situación socio-jurídica de la relación de pareja puede servir como referencia para investigaciones futuras de otros estudiantes.

1.4.1.4 Justificación social

“Se adiciona en aquellas investigaciones que conciben una aportación a la sociedad o colectividad en las cuales se despliegan.” (Ártigas & Robles, 2010, p. 6). Por tanto, se considera que en la presente investigación la justificación social se basa en que a partir de las conclusiones y/o recomendaciones aportadas, se generará conciencia y conocimiento especialmente a la sociedad, la cual tiene tan olvidados sus derechos a la intimidad personal y especialmente al

derecho del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, que han llegado al extremo de permitir y callar su violación por parte de sus parejas, que deja ilícitos penales sin castigarse. Asimismo, al lograr ello, se supone que se puede prevenir futuras comisiones de otros delitos como la violencia física o psicológica que se derivan del beneplácito de la práctica de estas conductas.

1.4.2 Importancia

Araneda (2001), considera lo siguiente:

Debe indicarse por qué es significativo ejecutar la Tesis respecto de la temática propuesta, señalando las razones y motivaciones del estudio. Tiene que concurrir siempre una intención de orden profesional (científico) y social, en relación con lo beneficioso que estarán los resultados de la investigación para la sociedad. Además, podría tener una calidad técnica metodológica, siempre que existe la probabilidad de experimentar nuevas técnicas o procedimientos de trabajo (p. 14).

Bajo estas consideraciones, se colige que el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones son derechos fundamentales registrados constitucionalmente. Estos se encuentran profundamente relacionados con el derecho a la libertad, ya que derivan de él.

Las violaciones de estos derechos constituyen ilícitos penales que están normados en nuestro código penal, sin embargo, actualmente su comisión se ha vuelto común en las relaciones de pareja, y lo que es peor, se ha transformado en una práctica consentida por las víctimas. Asimismo, gran parte de personas que están en una relación prácticamente pierden su esfera privada, y viven con miedo de que, en algún momento, esa vigilancia que tienen de sus parejas acabe en violencia física o psicológica, ya que se sienten controlados.

Por las razones descritas, es imprescindible que se realice un estudio sobre la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, con la finalidad de exponer su alcance y contenido, y con su difusión concientizar a la sociedad y de alguna manera frenar la realidad problemática anteriormente descrita.

1.5 Categorías y Subcategorías

1.5.1 Categorías

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja no se aplica de manera adecuada.

1.5.2 Subcategorías

- Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones:

Generalmente se puede decir, que este derecho proscribire intrusiones no permitidas en las comunicaciones, entendiéndose, por ejemplo, el mensaje expuesto por un emisor a un receptor, utilizando distintos medios que sirvan para tal fin, como las tradicionales cartas, las llamadas telefónicas, el correo electrónico, y los medios mecánicos o tecnológicos disponibles o posibles de utilizar, también la información que contenga datos íntimos o sensibles (Achulli, 2011, p. 133).

- Relación de pareja: “Viene a ser una relación sensitiva de tipo sentimental que une a dos individuos. Dentro de lo que se concibe por relación de pareja surgen el matrimonio, el concubinato y el noviazgo” (Pérez Porto & Gardey, 2014).

Subcategorías:

- Tratamiento jurídico. Puede concebirse como la manera a través de la cual, el legislador ha desarrollado normas, principios o criterios respecto a una determinada materia, institución jurídica, un derecho, etc.; los cuales sirven de guía o base para su aplicación dentro de la legislación.
- Situación social. Está referido al contexto existente de una comunidad en torno a un fenómeno, es decir las conductas que un colectivo adopta como resultado de un determinado evento. Esta es concluyente para la investigación, ya que a través de su análisis se puede observar las causas o consecuencias de una problemática.

1.6 Delimitación de la Investigación

1.6.1 Espacial

El presente trabajo de investigación se realiza dentro del territorio peruano.

1.6.2 Temporal

Para el estudio de esta investigación se toma en cuenta el periodo comprendido durante el 2021, el cual corresponde a un año cronológico.

1.6.3 Social

En la producción de la presente investigación, se toma en cuenta variadas fuentes bibliográficas principalmente documentales, las mismas que pueden ser libros, páginas web, revistas jurídicas, artículos científicos, resoluciones judiciales, tesis internacionales y nacionales entre otros; referidas a:

Categoría. Aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja.

1.7 Limitaciones de la Investigación

Sanchez, Reyes, & Mejía (2018) sostienen que las limitaciones de una investigación, “refieren a las condiciones metodológicas que puede poseer o ha poseído una investigación para saber dentro de qué límites se encuentran las conclusiones que se alcancen” (p. 86).

Bajo la premisa anterior, es necesario señalar que, en la etapa de elaboración de la presente investigación, coincide con la pandemia mundial denominada COVID-19, en ese sentido, para su desarrollo enfrenta lo siguiente:

- Las fuentes de información a la que se tiene acceso están restringidas a la pequeña biblioteca de la autora y a la información conseguida a través de internet.
- La aplicación del instrumento de la presente se realiza de manera virtual; por lo que significa una demora en la programación de las entrevistas.

No obstante, se dedica el mayor esfuerzo y entrega en la elaboración y desarrollo de la presente investigación, con la finalidad de lograr los objetivos trazados, y porque se tiene la convicción de que la problemática estudiada merece atención y un aporte científico para su reducción y cambio.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la Investigación

2.1.1 Artículos científicos

Álvarez (2018), en el artículo titulado “Privacidad en línea en la jurisprudencia constitucional chilena”, planteó como **objetivo** examinar el estado actual de la defensa de la privacidad de las personas en internet partiendo del análisis de la jurisprudencia constitucional procedente del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, además de algunas Cortes de Apelaciones del país referente al derecho a la vida privada y al derecho a la inviolabilidad de toda modalidad de comunicación privada. El citado artículo científico es apoyado en la **metodología cualitativa**, analizando la carente jurisprudencia que han desarrollado los tribunales superiores en cumplimiento de sus facultades constitucionales y los criterios de resolución que de ella se desglosa. Los **resultados** obtenidos señalan que el derecho a la privacidad ha empezado a enfrentar, gradualmente, nuevas maneras de afectación o limitación producto del progreso tecnológico y el proceso de digitalización de la vida cotidiana. Al respecto **concluye** que a las comunicaciones que se expresan por medio de medios sociales, la carente jurisprudencia existente no ha podido resolver apropiadamente los inconvenientes que se le han trazado y, a partir de exámenes formalistas, ha imposibilitado la debida defensa que estas nuevas formas de comunicación ameritan. Por último, en cuanto a la navegación en internet, considera que el dictamen mayoritario del Tribunal Constitucional discurre que el solo hecho de usar las redes, sin perjuicio que sea un espacio franco, constituye un hecho que incumbe al ámbito de la vida íntima de las personas, protegido por el numeral 4.º del artículo 19 de la Constitución Política.

De Verda y Beamonte & De Las Heras (2020), en el artículo denominado “El resarcimiento del daño moral en España por las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge”, traza como **objetivo**, estudiar el determinado aspecto de la responsabilidad civil en España procedente de las intromisiones ilegales en la intimidad del otro cónyuge, con independencia de que el resarcimiento del perjuicio se conceda en la jurisdicción civil o penal. El referido artículo se apoyó en la **metodología cualitativa**. Los **resultados** muestran que lo dispuesto en el artículo 9 lo 1/1982, ley que establece determinadas singularidades respecto del régimen general de responsabilidad civil del artículo 1902 cc, regirá la responsabilidad civil de la persona que infrinja ilegítimamente el derecho a la intimidad. del otro cónyuge, independientemente de si se trata de un delito penal o civil. Se **concluye** que la intimidad familiar y la dimensión familiar de la intimidad no son lo mismo. En general, se puede decir que ninguna relación familiar (padre-hijo, matrimonio, entre otros) admite una defensa o defensa indefensa que absuelva a quien deliberada y intencionadamente vulnere y dañe la intimidad de responsabilidad de otra persona. Además, no todas las intrusiones en la privacidad del otro cónyuge son ilegales porque la legalidad de la intrusión puede determinarse por las acciones de la parte afectada, así como por su consentimiento a la intrusión.

Addati (2020), en su artículo denominado “El impacto de las redes sociales en los derechos personalísimos”, propuso como **objetivo** determinar cómo puede verse afectado el derecho a la identidad, intimidad y/o privacidad, autodeterminación informativa, imagen y honor a través de las redes sociales. El referido artículo se apoyó en la **metodología** de investigación documental, ya que compiló antecedentes e informaciones respecto al objeto de estudio mediante libros, publicaciones de revistas y jurisprudencia. Utilizó la técnica transcriptiva, ya que hace referencia a conceptos o aportes de otros autores/as para sustentar su opinión. El enfoque es cualitativo toda vez que analiza aspectos no cuantificables y el alcance es explicativo, ya que analiza un fenómeno en específico con la tarea de explicarlo en un

contexto determinado. Los **resultados** determinan la falta de una ley que reglamente el “entorno en línea” y de un sistema judicial uniforme que consiente que cada juez natural valore el asunto desde su punto de vista, algunas veces utilizando con mayor vigor la protección a la garantía de la libertad de expresión mientras que en otros concediendo privilegio a la protección a los derechos personalísimos. Finalmente, **concluye** que hay variadas formas en las que puede verse perjudicada la dignidad de la persona humana mediante el uso abusivo que le dan los usuarios a las redes sociales; puesto que, en general, los medios digitales por sí solos no causan daños, sin embargo, cuando el usuario quebranta las normas comunitarias puede producir descrédito, hostigación, humillación y daños en las personas o grupos de personas.

2.1.2 Antecedentes internacionales

Ocón (2020), en su investigación denominada “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos”, planteó por **objetivo** exponer los términos en los que se ha producido la delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones, para afrontar los problemas que actualmente retan al objetivo y contenido. La tesis que se describe se apoyó en la **metodología** cualitativa del análisis de los componentes esenciales normativos y doctrinales del derecho al secreto de las comunicaciones. Los **resultados** de la investigación señalan que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones está encaminado a descartar los peligros propios de los procesos comunicativos mediante medios técnicos, y en su caso, de la imprescindible participación de un tercero. El derecho defiende la privacidad, la buena marcha de la comunicación y, en principio, la confianza del titular en el prestador del servicio. Asimismo, la garantía fundamental se disgrega así del contenido comunicativo. Por lo tanto, el secreto conserva naturaleza formal y salvaguarda el proceso comunicativo en su integridad: conocimiento de su existencia, contenido u otras circunstancias del proceso. **Se concluye** que, el deber de contribuir

a la eficacia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, procedente de su dimensión objetiva, requiere de los poderes públicos la defensa de su contenido jurídico-objetivo en la vida social.

Vanaclouig (2020), en su tesis denominada “El artículo 18.3 de la C.E. Análisis del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales y telegráficas en España”, tuvo por **objetivo** aportar criterios tangibles y concretos a tener en consideración para realizar una delimitación precisa del contenido de la garantía constitucional de secreto de las comunicaciones, dado que su razón de ser se encuentra en la necesidad de dotar de una especial protección a determinados sistemas de comunicación que presentan una especial vulnerabilidad frente a ataques de confidencialidad de las mismas. La tesis mencionada es apoyada en la **metodología** cualitativa donde se explora tres cuestiones teóricas primordiales del derecho al secreto de las comunicaciones. Los **resultados** de la investigación ha revelado que el reconocimiento del derecho o importante a la confidencialidad de las comunicaciones representa un derecho de libertad, confidencialidad e inviolabilidad para terceros y autoridades públicas. **Se concluye** que el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones debe atender una serie de factores importantes que pueden influir decisivamente en su audiencia y contenido. Entre ellos, destaca con fuerza las progresivas complejidades técnicas, logísticas y comerciales de la prestación de los servicios de telecomunicaciones actuales. Los servicios de medidas de investigación penal incluidos en el sistema judicial tutelados por el Código de Procedimiento Penal y el respeto esencial e intransferible de los derechos fundamentales.

Ayala (2017), en su trabajo de investigación titulado “Derecho a la vida privada. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas”, fijó como **objetivo** estudiar todo lo relativo a la vida privada y la forma en que la ley adopta medidas eficaces para velar para que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en poder de personas no

autorizadas por la ley; esto con el objeto de que la vida privada de una persona sea eficaz. La referida investigación es apoyada en la **metodología** cualitativa estudiando la información que conduce el tema central del derecho humano a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y elaborar así a profundidad el análisis del caso práctico que se investiga, y por último establecer el tipo de comunicaciones que se hallan protegidas y llegar a la conclusión si se violentó o no en el caso práctico el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Los **resultados** obtenidos expresan que lo resuelto por el tribunal de amparo no fue correcto, ya que le otorgó valor a una serie de pruebas que fueron tomadas violando el derecho humano a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Finalmente **concluye** que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al ser uno de los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que de alguna manera forma parte o es una derivación del derecho a la intimidad o a la privacidad, debe ser respetado en todo momento por todas las personas y sobre todo por los encargados de la impartición de justicia, ya que la potencia normativa de la constitución, y el carácter de intangible de los derechos fundamentales se trazan sobre todos los integrantes de la sociedad de tal forma que la totalidad de los sujetos del ordenamiento sin excepción alguna, obligatoriamente deben respetar los derechos fundamentales de las personas en todas sus actuaciones.

2.1.3 Antecedentes nacionales

De la Puente (2020), en la investigación denominada “La interceptación y difusión de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público”, analizó la evolución de las comunicaciones y la protección jurídico penal de la intimidad y el secreto de las comunicaciones, las características de la interferencia ilegal de esos derechos, la ponderación en el caso de las tensiones de estos derechos y las libertades informativas, y la importancia del

concepto/principio del interés público. Este trabajo se apoya en la **metodología** cuantitativa este trabajo examina los aspectos jurídicos y políticos del tema, así como el interés del público en la situación como criterio para la transmisión de comunicaciones privadas y las sanciones vigentes por la difusión de comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente. y las responsabilidades de los estados. Los **resultados** del estudio advierten que la interferencia en la comunicación basada en el desarrollo de la comunicación es la mayor y genera desafíos a la justicia, al mismo tiempo que protege el acceso de los ciudadanos a la información de interés público. Esta línea de pensamiento sostiene que la adecuada aplicación del concepto/principio del bien común logra resolver, o al menos minimizar el impacto en derechos y libertades de esta rigidez para la sociedad. En respuesta a la creciente penetración de las comunicaciones a partir del desarrollo de las comunicaciones, se **concluyó** que el camino hacia la oficialización no había logrado fortalecer el marco penal para la protección de los derechos públicos, protección del tiempo, derechos civiles. Accediendo a la información de interés público y separar esa información de la curiosidad pública a conceptos/principios.

Recra (2017), en su tesis titulada “Derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y el daño moral a la persona humana”, señaló como **objetivo** establecer si la violación del derecho al secreto y de las comunicaciones generan daño moral a la persona humana en la legislación peruana. Su investigación se basó en la **metodología** cuantitativa *expost facto* o retrospectivo. Los **resultados** de la investigación arrojaron que la presencia de garantía sobre la existencia privada de la persona humana, impide que vea afectada su autoestima por el daño moral. **Se concluye** que la garantía de la reserva del proceso de comunicación y de lo que se comunica, evita que se produzca depresión y daño moral a la persona humana.

Pereyra & Turpo (2020), en su investigación denominada “Instrumentos normativos que se deben adecuar en nuestra legislación según el marco del Convenio de Budapest como mecanismo legal de protección a la intimidad personal frente a las TIC”, tuvo como **objetivo** determinar cómo se deben adecuar los instrumentos normativos de nuestra legislación según el marco del Convenio de Budapest como mecanismo legal de protección al derecho a la información íntima y personal frente a las TIC e identificar qué medidas o instrumentos debe implementarse para la prevención, educación y sensibilización del problema. La investigación se basó en la **metodología** de enfoque mixto, dado que los resultados de los estudios cualitativos y cuantitativos se combinan, por lo que este enfoque se ocupa no solo de los resultados informativos sin procesar, sino también de los estándares, el consenso y todos los estudios metodológicos relacionados con este tema. Dada la respuesta a la pregunta de investigación, la referenciación es una cuestión social que requiere valoración jurídica. Los **resultados** arrojaron que la adecuación de los mecanismos y marcos legales internos existentes para proteger la privacidad humana en el Perú y las disposiciones del Tratado de Budapest están directamente relacionadas con la actividad delictiva ejecutada mediante las TIC. Con el fin de mejorar la efectividad del sistema de justicia penal y las herramientas de cooperación internacional utilizadas para combatir estas violaciones a la privacidad personal cometidas a través de las nuevas TIC, **se concluyó** que es urgente y necesario revisar y reescribir la ley de delitos informáticos, incluyendo tanto los especiales delitos y delitos comunes, y adaptarlo al marco normativo de la Convención de Budapest.

2.2 Bases Teóricas

2.2.1 Consideraciones previas

Se empieza el estudio de la categoría de la presente investigación definiendo al derecho. Para Escandon (2001), citado por Orna (2016), “la Ciencia del Derecho tiene por objeto el

estudio, la interpretación y sistematización de un ordenamiento jurídico determinado” (p. 7). En estas líneas, se infiere que el derecho es una ciencia, y tal como la definió Hans Kelsen, jurista y filósofo austríaco: el derecho es una ciencia social, debido a que su principal objeto es regular la conducta del hombre. Es por tal motivo quizá que coloquialmente solemos decir que el derecho es la agrupación de normas jurídicas encargadas de regular el comportamiento del ser humano dentro de la sociedad. Asimismo, otros autores sostienen lo siguiente:

El Derecho es, por tanto, una herramienta liberadora de la persona. En consecuencia, es obligación general de todos, siendo una norma legal, abstenerse de dañar a su prójimo en cualquier forma, incluso en su unidad psicosomática como en su concepción de la libertad o patrimonio (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015, p. 43).

Renglón aparte merece la idea de que el eje de imputación de derechos es el ser humano; en otras palabras, el hombre es el centro del ordenamiento jurídico y el Estado como tal tiene como fin, reconocer y garantizar el respeto de los mismos.

Para explicar la anterior concepción, es preciso recurrir a analizar los aspectos más importantes de la filosofía del derecho.

Orna (2016) manifiesta que “a lo largo de la historia, el primer modo de reflexión filosófica respecto a lo jurídico que surgió fue la inquietud por la justicia y por el Derecho Natural, incumbiendo a autores de la ciencia griega las originarias teorizaciones.” (p. 7). La filosofía del derecho es una disciplina normativa y especulativa, la cual estudia la ontología jurídica; es decir, el derecho en sí y sus propiedades, también de ciertos conceptos como la persona o el Estado; a efectos de determinar los fines del derecho y de la axiología jurídica. Cabe resaltar que todo esto se enmarca en torno a la teología jurídica, siendo que se dirige a

resolver el problema de la justicia. En ese sentido, se concretiza la tradicional discusión entre la doctrina iusnaturalista y el positivismo jurídico.

Marcone (2005) sostiene lo siguiente: El iusnaturalismo es una disciplina filosófica que se remonta al debate entre Sócrates y los sofistas acerca de cómo distinguir entre lo impuesto por la naturaleza (*physis*) y lo decidido y acordado por los individuos (*thesis*); por otra parte, es tan moderna como las teorías políticas de los siglos XVII y XVIII que revelan los orígenes y fundamentos del poder político basado en la existencia de derechos naturales, previos a la creación del Estado.

En consecuencia, se concluye dos aspectos:

a) Hay dos momentos históricamente bien marcados en donde los pensadores y filósofos de la época buscaron definir y establecer el origen y la finalidad del derecho, la primera germinó en Grecia, siglo V y IV A.C; y la segunda que se originó en Europa en los siglos XVII y XVIII.

b) El iusnaturalismo supone que existen un conjunto de valores que se encuentran adheridos en la naturaleza humana y, por ende, todo ser humano tiene la capacidad de saber lo que es justo y lo que no, en ese sentido, esta doctrina asevera la existencia de principios universalmente válidos y comprensibles por el hombre, por lo que señalan que si el derecho positivo no los respeta no puede llamársele derecho.

Por otro lado, respecto a la otra doctrina que es parte del debate, siguiendo a Marcone (2005): el iuspositivismo (o positivismo jurídico) se conceptualiza como una teoría del valores independiente e intrínsecamente válida lo justo de lo injusto. Sólo de aquellos arraigados en la soberanía. Pero no es un derecho a ser anulado por estar claramente establecido en Dios, la naturaleza o la razón.

Se puede afirmar entonces que el derecho positivo no se encuentra preestablecido, sino que surge de un procedimiento formal instituido por el mismo hombre y que este se ha determinado históricamente por el espacio y el tiempo.

Para diversos juristas el iuspositivismo posee más virtudes aclarativas que el iusnaturalismo. Recurrir a un orden natural y trascendental, como apología última de la eficacia de las leyes civiles, es filosóficamente más arduo que reconocer el valor de las mismas solamente por el origen de su poder (Marcone, 2005)

En definitiva, a lo largo de la historia filosófica del derecho, han surgido diversas posturas y teorías respecto a su origen, lo descrito en los párrafos precedentes fue el primer gran debate, como se recalca consistía en explicar si la justicia, las leyes, la ética y la política poseían un carácter natural o convencional; el segundo, donde se pretendía explicar el fundamento del poder político y su relación con los derechos del ser humano.

A propósito, John Locke, el más magno teórico del liberalismo político, hace un significativo aporte sobre el tema bajo comentario, concretamente sobre el segundo gran debate de la historia de la filosofía del derecho, siendo que destacaron entre sus obras publicados en 1690, dos tratados sobre el gobierno. El primero refutaba la potestad del gobierno otorgada por el poder divino; y en el segundo se oponía la teoría de Thomas Hobbes expuesta en el *Leviatán*, publicado en 1651, el cual escudaba el contrato social en el que se confería la soberanía al Estado. Locke contrariamente consideraba que el contrato social se da entre hombres libres, y que por tanto era anulable y negociable de nuevo.

Para Locke (2006) citado por Fernández (2013):

“[...] la finalidad que se plantean al elegir y autorizar a los integrantes de la legislatura es que se elaboren leyes y normas que sean como protecciones y barreras [...] y de esta

manera restringir el poder y moderar las potestades que cada integrante o parte de esa sociedad disponga sobre los demás [...]” (p. 27).

Con ello suponía, que el pueblo es quien otorga el poder a los soberanos con la finalidad de que estos, creen leyes que los protejan y definan los límites de la conducta y el respeto de los integrantes de la comunidad. Al igual que Locke, Jean Jacques Rousseau, con su obra el *Contrato social*, concibió la idea de que la soberanía del Estado es depositada por el pueblo, y que estos están dotados de la llamada voluntad general, lo que vale decir que el poder recae sobre el pueblo.

Ahora bien, el punto en la presente investigación no es analizar de dónde haya emanado la idea del derecho como atributo del ser humano, sino basarnos en el hecho de que existe, y que tal como se manifiesta ahora, surge del poder del Estado, cuyo fundamento es defender a la persona humana y respetar su dignidad.

Bajo esta premisa, es posible anotar que el ordenamiento jurídico de cada Estado en particular gravita en torno a la persona, esto nos conlleva a lo siguiente: analizar la concepción de la persona humana en sí misma, para posteriormente desarrollar en particular los derechos fundamentales que lo asisten, como es en este estudio: el derecho a la intimidad y secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

De esta manera, lo principal es acercarse a la definición de persona, por lo que se tomará en cuenta lo que sostiene Palacios (2011):

La palabra latina persona se ha transmitido sin cambios a algunos idiomas europeos, incluidos el italiano y el español; sin embargo, ha sufrido cambios en otros, incluidos portugués, inglés, francés y holandés, conservando siempre sus raíces latinas: *pessoa*, *personne*, *person* y *persona*. Estas palabras designan el sujeto humano, una realidad que

es la misma en todos estos idiomas. La etimología, sin embargo, demuestra que la imposición se aplicó de hecho a la máscara en lugar de a la persona humana. La máscara del actor era el significado original de la palabra "persona" en latín, por lo que puede ser muy útil comentar cómo evolucionó la palabra para significar "sujeto humano" de la máscara del actor. Como no puedo dejarme distraer por ellos en este momento, solo diré que este requisito para el nombre se deriva de un hecho innegable, a saber, que los humanos, a diferencia de otros animales, son personas porque son máscaras. Pueden ocultar sus conocimientos, sus deseos, su ignorancia y su pereza, y tienen espacio para ocultar los altibajos de su existencia anterior (p. 401).

Inicialmente, se podría decir, que la palabra persona encierra el conjunto de actitudes y comportamientos del ser humano, ese mismo conjunto de cosas que lo hacen ser el mismo, y que comprenden su verdadero ser. En aras de una mayor explicación de la idea anterior, conviene anotar lo siguiente:

Aristóteles señala entre "lo que no se dice de un sujeto y lo que se dice de un sujeto". La importancia de esta segunda prerrogativa radica en la forma en que distingue entre lo individual y lo universal, o lo inexplicable y lo enunciable. Desde hace tiempo se sabe que el hombre es inefable (*omne individuum ineffabile*), es decir, que lo que no se dice de un sujeto es la noción inexpresable, confusa, que es rigurosamente propia de cada individuo, y que no se dice de él porque la persona el aparato mental no puede formularlo. Por el contrario, "lo que se dice sobre un sujeto" es popular porque es un concepto expresable y definible que se adapta a la mayoría de las personas, pero a unos pocos (Palacios, 2011, p. 403).

En suma, siendo reflexivos, se señala que la definición de persona está referida a la individualidad y particularidad que presenta cada hombre, pero que, sobre la base de ello, se la define universalmente.

En ese mismo sentido, siguiendo a Palacios (2011): "La persona es materia, por lo que se tiene ambas notas, podemos unirlos y decir que la persona es materia particular. Al hacerlo, se distingue de otros sujetos universales, que en realidad son géneros o especies en lugar de sujetos" (p. 404). Dicho de otra forma, la persona compone lo que tiene dentro de sí, y que basado en estas características se diferencia de otros seres de la naturaleza, siendo que cierto concepto se generaliza y es por ello que se distingue de especie o género.

También se considera, que la definición más acertada sobre persona humana es la siguiente:

La entidad "persona humana" tiene, de esta manera una estructura en la cual se logra diferenciar el soma -cuerpo de manera exacta- y la psique. Tiene que ver con la "unidad" porque todo lo que perturba el cuerpo en el sentido exacto también perturba la psique de alguna manera y hasta cierto punto, y viceversa. La mencionada "unidad psicósomática" se compone y se sustenta en su libertad. Por lo tanto, esta es el ser del ser humano. (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015, p. 43).

En conclusión, la concepción del término persona humana, responde a una evolución histórica y cultural:

Los juristas de Roma que utilizaban la concepción de hombre la disgregaban del concepto de persona; históricamente, sucede como si nuestra concepción vigente de persona, como semejante a hombre, existiese la consecuencia de una ampliación de la noción de persona a los cautivos. En ese sentido, podría decir que la definición de

persona surgió como efecto de un proceso propio a la emancipación, al menos teórica, de los cautivos (o de los bárbaros) más no como un solo concepto indeterminado, mental, transitorio. (Diccionario Filosófico, s.f., párr.. 4).

Entonces, con lo anterior se infiere que la definición de persona humana está ligada a su libertad y a su dignidad contemplada por el Estado, quien le confiere una personalidad jurídica y una dignidad. Cabe preguntarse ahora, que es la personalidad, y cuáles son sus atributos. “Con la palabra “personalidad” hacemos alusión, como exiguo, a los aspectos sociológicos, biológicos y psicológicos. Estos son esenciales a toda persona en su acontecer desde el día de su nacimiento” (Encabo Vera, 2012, p. 16).

Se considera, que la personalidad hace referencia a las particularidades de cada persona, lo esencial de resaltar es que, para la ciencia jurídica, cada una posee una personalidad jurídica, la misma que le atribuye, derechos, deberes y obligaciones.

Según Encabo (2012), “los derechos de la personalidad, indubitadamente, se encuentran conexos con los derechos fundamentales y con los derechos humanos” (p. 20). Como se ha estado señalando en los párrafos precedentes, estos derechos han sido determinados en el tiempo y han ido surgiendo o cambiando en concordancia a la época y al lugar en la que se dieron.

Siguiendo a Encabo (2012):

Los derechos de la personalidad, como cimentación jurídica, aparecen en la segunda mitad del siglo XIX, entre alguna de sus instituciones, está el honor, la cual ha sido tomada en cuenta desde tiempos remotos, y desde el Derecho romano se reconocía en las Doce Tablas o en la lex cornelia de iniuris. Para el Derecho, las personas son un prius, en este sentido, ciertos derechos de la personalidad son valores o bienes que podrían

haber sido tenidos más tardíamente en cuenta por el Derecho o las costumbres a través del tiempo, pues son inherentes a la naturaleza humana y sus relaciones sociales dentro del hábitat donde discurra y en la época en cuestión (p. 17).

2.2.2 Evolución histórica

Hasta este apartado es permisible indicar que la persona humana posee como característica principal su dignidad, lo cual es consustancial a ella y hace alusión a su valor como tal y que es partir de ella que se le confiere el deber de respeto por parte de la sociedad y del Estado.

Como ya ha sido referido, los derechos que atañan a la personalidad no datan de reciente época, no como los concebimos ahora, pero ya desde el derecho romano se habían desarrollado normas a efectos de proteger estos derechos, específicamente a través de la figura de la iniuria.

Se incluye en el concepto de iniuria una serie suficientemente articulada de hechos lesivos para la persona que fueron castigados por una obligación patrimonial con finalidad reparadora, calculada no en relación a todo lo que interesa sino a todo. Comprende no sólo los supuestos derechos de lesión a la integridad física de la Ley de las XII Tablas, sino también cualquier acto ilícito y lesivo a la persona tanto en su aspecto físico como moral (honor, honra o dignidad) (Cárdenas, 2019, p. 95).

En virtud a lo señalado se tiene que, en el derecho romano, esta protección tuvo diferentes matices y respondía a la idea de importancia y respeto que se le daba a la persona en esa época.

La figura del delito de iniuria en el derecho romano no es fruto de la casualidad, pues refleja lo siguiente:

- a) Se consagra el principio de vivir honradamente, dar a cada uno lo suyo y no hacer daño a otro.
- b) Una gran comprensión de los romanos por la dignidad y la reputación de los individuos.
- c) La necesidad de proteger la esfera privada de la familia romana, lo que se cristalizó mediante la figura de la iniuria escrita y la violación del domicilio, ya que en el mundo romano era muy habitual el delito de iniuria (Cárdenas, 2019, p. 102).

Con el paso del tiempo y la evolución de la cultura, estos derechos han ido ganando terreno, así se han ido expandiendo en cuanto a su aspecto protector, reconociéndole a la persona lo que se conoce como privacidad, para cuya total garantía hace falta gozar de la máxima tutela por parte del ordenamiento jurídico.

En cuanto al origen, del derecho a la privacidad, se puede apreciar lo señalado por Cárdenas (2019):

Este derecho surgió en el common law, en base al ensayo que fue publicado en 1980 por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en la Harvard Law Review, denominado *The right to privacy*, en el cual se enfatizó que toda persona tiene el derecho de ser dejado en paz y, como resultado de ello, que se proteja su vida privada (p. 96)

Siendo así, el derecho a la privacidad obtiene sus primeros cimientos en Estados Unidos, en el sistema jurídico del Common Law. Su fundamento, de acuerdo con (Espinoza, J. 2009) citado por Cárdenas (2019), se basa en lo siguiente:

(...) un escenario jurídico en el que se ampara la esfera individual y familiar de intimidad de la persona, está compuesto por experiencias del pasado, circunstancias

actuales, peculiaridades psíquicas o físicas no manifiestas y, frecuentemente, todos los datos que la persona desea que no formen parte del conocimiento de los demás, debido a que, de serlo, sin su anuencia, le producirían incomodidad y desagrado (p. 96).

La persona tiene tutelado por tanto dos espacios, su individualidad y su esfera familiar, por lo que no nadie debería intervenir en estos espacios sin su aprobación. Por tanto:

El Derecho fue establecido con la finalidad de proteger, en definitiva, la libertad personal, con el fin último de proteger la libertad individual, para que cada persona pueda realizarse plenamente en el marco del interés común, pueda realizar plenamente su único "proyecto de vida", que es el resultado de la evolución de su libertad preexistente en acción, acción o conducta. El Derecho procura, mediante su dimensión normativa prescindir, hasta donde sea posible, los inconvenientes que consiguieran impedir el emancipado desarrollo de la persona, o sea, su "proyecto de vida", en otras palabras, aquello que la persona apetece ser y hacer con su vida (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015, p. 42).

En resumen, a la persona humana, el Estado le ha conferido una personalidad jurídica, en la cual se sustenta la atribución de sus derechos, deberes y obligaciones. Asimismo, la base de sus derechos se fundamenta en su dignidad.

En otras palabras:

Por ser una persona un ser con dignidad, sus derechos fundamentales están destinados a protegerla de manera unitaria e integral. Debido a esta dignidad, los derechos humanos fundamentales se muestran, explican y construyen (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015, p. 46)

Tan importante como su derecho a la vida, el derecho a la libertad, entre otros, se torna su derecho a la privacidad, que se deriva de este último, y de los cuales se desprenden derechos tan importantes como es el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

2.2.3 El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

En primer lugar, hacer reseña en este apartado, al derecho a la libertad es lo ideal, ya que, a partir de su comprensión, la del derecho e inviolabilidad de las comunicaciones y del derecho a la intimidad, caerá por su propio peso.

Por consiguiente:

La capacidad de establecerse como miembro igualitario de una extensión espiritual es libertad. Ser libre alude a tener que decidir qué se proyectará permanentemente, para elegir hay que decidirse entre las diversas opciones disponibles para vivir la propia vida, lo que implica establecer el propio destino, o "proyecto de vida" individual. (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015, p. 44).

Lo anterior significa que la persona humana no sería tal, sino dispusiera de esa cualidad natural de libertad, la misma que le permite desenvolverse dentro de la sociedad de manera que se sienta capaz de hacer lo que el desee, es decir, tener capacidad de decisión; obviamente, esa libertad, se encuentra limitada, como decía el filósofo Jean Paul Sartre (1946) en la obra *el Ser y la nada* "Mi libertad termina dónde comienza la de los demás" (p. 166). Además, las acciones del ser humano son libres, siempre y cuando no ofendan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres. Por consiguiente, se podría decirse que, con una fórmula individual, se protege a toda una colectividad.

Recalcando lo que se ha mencionado ya con antelación, la libertad sería un derecho madre, una fuente a la cual se encuentran conexos un sin fin de derechos. Es el derecho al secreto e inviolabilidad uno de ellos, entonces se empieza por definirle.

Asimismo, se aprecia que este derecho emerge del derecho a la intimidad, en razón de que el proceso comunicativo, concretamente la mayor parte de información que se comparte a través de él, pertenece al espacio privado de la persona, ya que puede estar referida a su intimidad, como se menciona al principio, pensamientos, ideas, sentimientos, preferencias y cualquier otra información propia de sí.

De esta manera, “se trata de una comunicación, aunque sea insignificante, independientemente de su contenido, es decir, si se trata de una comunicación que contiene un aspecto íntimo, o si su tema es diferente o trivial, damos garantías objetivas de mantener.” (Díaz Reborio, 2006, p. 62). En ese sentido se expone lo siguiente:

El derecho a la intimidad se extiende a las comunicaciones entre personas en general porque estas comunicaciones pueden revelar detalles sobre el espacio personal que cada persona se reserva, y no se justifica que otros se hagan cargo de estos detalles. El Código Civil y el Código Penal, así como la Constitución Política del Estado, así como las comunicaciones telegráficas, telefónicas, electrónicas, entre otras, regulan y protegen la privacidad a través de diversas formas de comunicación, tales como la correspondencia postal, periódicos, mensajes, grabaciones de voz, etc. Esto se debe a lo antes mencionado, que deben ser protegidos de cualquier intrusión, de la incautación de los mismos, y, lo más importante, de su divulgación (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015, p. 168)

En resumen, toda comunicación de la persona es privada si así ella desea mantenerla, y esto debe ser así, o sea, parte del derecho a la intimidad razonablemente se encuentra perfeccionado y ampliado en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, y este a su vez debido al contexto social en el que se elaboró la norma, se ha colocado para su protección en todos los supuestos en los que puede ser quebrantado.

Titularidad

“Al tratarse de un derecho perteneciente esfera privada de la persona, ligado directamente a la dignidad humana, su titularidad tiene que recaer en toda persona” (Díaz, 2006, p. 161). De acuerdo con esta jerarquía de conceptos, se consideraría titular del derecho al secreto ya la inviolabilidad de las comunicaciones a quien utilice cualquier medio tecnológico para interferir en un proceso de comunicación, ya sea física o jurídicamente.

Excepcionalmente, ciertos titulares pueden ser objeto de una consideración especial, en atención a su edad, capacidad o circunstancias. Un ejemplo de ello son los menores de edad, cuyo ejercicio de este derecho debe ser tutelado por las personas de las cuales dependen. Ocurre lo mismo con aquellos que tienen disminuidas sus aptitudes físicas o psíquicas y necesariamente requieren ser complementados en sus acciones por otro (Perez-Pedrero, 1998).

Contenido y ámbito protegido

Se protege la relación comunicativa, en la cual deben concurrir ciertos requisitos como, que se encause mediante un canal de comunicación donde un mensaje puede ser compartido entre un emisor y un receptor, donde ambos sujetos ostenten una posición activa con posible respuesta; que dicha comunicación se produzca entre dos o más personas que se encuentran separados entre los cuales haya una distancia por la cual exista una imposibilidad de hablar en persona; que el proceso de comunicación se desarrolle de manera no pública, es decir que exista

el secreto, supuesto expreso o tácito de exclusión al resto. El consentimiento en consecuencia es la circunstancia que excluye al secreto, por consiguiente, la comunicación dejaría de estar protegida si los participantes así lo determinan (Perez-Pedrero, 1998).

Vulneración

Existen dos supuestos a través de los cuales se puede apreciar la vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones:

- El primero está referido a que concurran uno o diversos intermediarios ajenos al proceso comunicador sin consentimiento ni conocimiento de los sujetos titulares del proceso comunicativo, es decir emisor y receptor.
- El segundo hace referencia a la pretensión consciente del tercero de intervenir en un proceso comunicativo y que no sea producto de un mero incidente o casualidad (Belda Perez-Pedrero, 1998).

Límites

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones también encuentra sus límites, los mismos que de la misma forma se encuentran establecidos por la Ley. La protección de este derecho solo puede ser levantada por orden expresa del juez y mediante una resolución debidamente motivada.

En otro orden de ideas, en el desarrollo de este derecho se aprecian tres elementos: el primero es el titular del derecho, el segundo que son los terceros ajenos al proceso comunicativo y que son aquellos que podrían quebrantar este derecho y el tercero que es el Estado, el cual está obligado a protegerlo. Así lo sostiene Díaz Reborio (2006).

Los terceros ajenos a la comunicación, ya sea el Estado, entidades públicas u otras particulares, serían los sujetos supeditados a la garantía del secreto de las comunicaciones. Los participantes en la comunicación no están, sin embargo, sujetos al secreto, a pesar de la posibilidad de que bajo ciertas condiciones puedan vulnerar el derecho a la intimidad del comunicante. (p. 163).

Finalmente se llega al consolidado de que el derecho al secreto de las comunicaciones no se funda en el asunto que la comunicación tenga, acaso el carácter de reservado que le dé el titular, de esta manera:

No importa lo que se comunique o lo que se mantenga en privado porque el tema es de derechos formales, no de comunicación o de secreto. En otras palabras, este derecho se extiende a todas las formas de autonomía en la comunicación. Es de ahí que se le califica como una garantía formal (Abad, 2012, p. 17).

2.2.4 El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano

a) Constitución Política del Perú: Se halla regulado en el artículo 2 inciso 10, tal como se puede apreciar en la siguiente ilustración:

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 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.

Figura 1. Artículo 2 inciso 10. Fuente: Constitución Política del Perú.

b) Código Civil: Está regulado en el artículo 16, según puede apreciarse en la ilustración siguiente:

Confidencialidad de la correspondencia y demás comunicaciones

Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

Figura 2. Artículo 16. Fuente: Código Civil

c) Código Penal: Está tipificado en el artículo 161°, de acuerdo a lo que se observa a continuación:

Violación de correspondencia

Artículo 161.- El que abre, indebidamente, una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga, que no le esté dirigido, o se apodera indebidamente de alguno de estos documentos, aunque no esté cerrado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa.

Figura 3. Artículo 161. Fuente: Código Penal

Legislación comparada

Resulta interesante analizar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en lo que respecta al derecho comparado, a efectos de lograr un mejor esclarecimiento conceptual y de sus alcances.

a) En Italia y España, se regula constitucionalmente el derecho al secreto de las comunicaciones, y se establece que la única restricción que admiten al mismo, es cuando a través de una orden judicial se establezca la intromisión a este derecho.

De esta manera, por ejemplo, lo sitúan las Constituciones de Italia de 1948 (artículo 15) y de España (artículo 18 inciso 3). En este último caso, se acepta una excepción adicional cuando se coloca la suspensión individual de derechos fundamentales, la cual es una institución que no encontramos en el ordenamiento jurídico del Perú (Abad, 2012, p. 12).

b) En Alemania y Francia, además de la exigencia de una orden judicial, ha establecido otros supuestos en los que se puede acceder a la esfera de defensa de este derecho; otorgándole al juzgador la potestad de interpretación a través de la cual puede establecer en

que otras situaciones se puede dejar de aplicar este derecho y otra en la cual se permite la intervención a las comunicaciones telefónicas de los servidores públicos, respectivamente.

Sendra (2011), citado por Abad (2012), menciona que, en la Ley Fundamental alemana, en el artículo 10 imprime "Sólo el mérito de una ley puede ser utilizado para establecer restricciones" (p. 13). También podrá permitirse en esa nación la intervención del Ministerio Público. Por otro lado, las escuchas telefónicas administrativas están permitidas con supervisión parlamentaria en virtud de la Ley francesa 91-646 del 10 de julio de 1991 "a efectos de garantizar la seguridad de la nación, prevenir el fascismo o la criminalidad organizada y proteger las patentes de invención" (p. 13).

c) En Estados Unidos, por regla general se aplica la orden judicial a efectos de penetrar en la protección de este derecho, sin embargo, también se admite en casos penales criminales la posibilidad de hacerlo a través de una decisión fiscal fundamentada.

Si bien es cierto que en principio la intervención está permitida por orden judicial, el Código de 16 de enero de 1996 tipifica los delitos y el procedimiento penal o criminal (vol. 18 sec. 2511) y ésta, como también se encuentra en la Enmienda IV, autoriza expresamente las intervenciones hechas por orden del fiscal general. De esta forma, el fiscal general, que se encuentra en una posición similar a la del Fiscal del Estado, puede interferir con las comunicaciones, así como si hay un plan para perturbar la seguridad nacional. Eso cambió después de que se tomaron contramedidas a raíz de un ataque de gran impacto en el país, causando repercusión internacional. (Abad, 2012, p. 13).

d) En Inglaterra, el control de las comunicaciones se encuentra a cargo del juez, y además también puede darse por autorización del ministro del interior.

El "Caso Malone" fue mencionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 2 de agosto de 1984. La orden del Ministerio del Interior para que la policía grabara las llamadas telefónicas plantea dudas sobre la norma inglesa que permitía esa práctica. Debido a que la ley inglesa no definía claramente el alcance y los detalles del ejercicio del poder de controlar las comunicaciones en manos de las autoridades legalmente competentes, la Corte Europea encontró que el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales había sido violado (Abad, 2012, p. 14).

Mención especial merece el tratamiento normativo y jurisprudencial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha desarrollado en torno al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Para tal efecto, es preciso partir de lo estipulado por la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 11°:

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Figura 4. Artículo 11. Fuente: Convención Americana de Derechos Humanos

De lo que se aprecia, se puede anotar, que la Corte IDH, buscando proteger el respeto de la dignidad y la honra de la persona, consagra en el mismo nivel de la vida privada y la intimidad, el tema de la correspondencia. Para (Zelada & Bertoni, 2013):

El artículo 11 contenido en la Convención Americana se orienta, por una parte, en reconocer lo explícito, “que toda ser humano tiene derecho a que se le respete su honra” y prohibir “toda agresión ilegal hacia la reputación o la honra” de la persona. De otro lado, la norma invoca además un contenido más extenso, aquel que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tildado como “no apto de definiciones absolutas” y que resalta la defensa de cualesquiera de las dimensiones de la vida íntima como la correspondencia, el domicilio, y la sexualidad de las personas (p. 124).

Los referidos autores han desarrollado algunos criterios de interpretación del citado artículo, los cuales han sido elaborados a partir de la escasa jurisprudencia (si se le compara con el desarrollo de otros derechos) emitida por la Corte IDH.

Para tales efectos, sostienen que, sobre el fundamento del derecho a la vida privada y la intimidad, se puede agrupar en tres ejes temáticos las decisiones emitidas por la referida corte:

- i. La vida privada y la inviolabilidad de domicilio,
- ii. La vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, y;
- iii. La vida privada y la sexualidad.

Lo que concierne analizar, en este apartado, se refiere a los casos relevantes resueltos por la Corte que hacen referencia a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones. Es en el 2009, donde se analizó dos casos de presunta transgresión del artículo 11° de la (CIDH) Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde el tema principal era la transgresión de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Caso	Año	Asunto	Fundamento relevante	Decisión
Caso Tristán donoso vs. Panamá	2009	La responsabilidad estatal por la violación del derecho a la vida privada del abogado Santander Tristán Donoso dada la interceptación, grabación y divulgación de la conversación telefónica que había sostenido con uno de sus clientes, y por no identificar y sancionar a los responsables de dichos actos.	56. 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, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.	El hecho configuró una injerencia arbitraria violatoria del derecho a la vida privada de Tristán Donoso consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana
Caso Escher y Otros vs. Brasil	2009	La violación del derecho a la vida privada de las presuntas víctimas al atribuir al Estado la responsabilidad por la interceptación, grabación y divulgación de una serie de conversaciones telefónicas.	114. 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.	El tribunal consideró que la interceptación, la grabación y la divulgación de las conversaciones telefónicas objeto del caso no cumplieron con lo previsto en la propia ley brasilera, por lo que concluyó que al no cumplir con el "requisito de legalidad", el Estado violó el derecho a la vida privada reconocido en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas.

Figura 5. Casos Relevantes. Fuente Elaborado por la autora

Finalmente, cabe precisar que la (CIDH) Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizó el análisis de ambos casos a la luz del Test de proporcionalidad, pues así lo precisan (Zelada & Bertoni, 2013).

Escher y otros ratifica los criterios establecidos en la sentencia Tristán Donoso sobre el artículo 11 de la Convención Americana, en particular en lo que se refiere a la aplicación del test de proporcionalidad para establecer el carácter arbitrario de una violación a la privacidad (p. 135).

2.2.5 Relación de pareja

La interacción del hombre dentro de la sociedad trae como consecuencia que este establezca diversos tipos de relaciones con los demás, y algunas de ellas logran adquirir relevancia jurídica y, por lo tanto, se generen derechos y obligaciones entre sí. Una de las tipologías de esas relaciones son las que se forman por afinidad, como las de tipo amorosas; de ellas, tenemos, por ejemplo, el matrimonio el concubinato y el noviazgo.

De hecho, Pérez Porto & Gardey (2014) sostienen que “una relación de pareja puede definirse como aquel vínculo sentimental romántico que logra unir a dos personas. En el marco de lo denominado relación de pareja surgen el matrimonio, el noviazgo y el concubinato” (párr. 1).

En la legislación peruana, todas estas relaciones generan efectos jurídicos, y se encuentran recogidas en el Código Civil, en el libro de familia.

Características

De otro lado, es posible verificar ciertas peculiaridades que muestran las relaciones de pareja, como lo ha manifestado García (2002): “Las normas, los usos y las costumbres de la sociedad marcan y delimitan las particularidades básicas en la pareja y le establecen una función dentro de la sociedad, influyendo decididamente en la manera y contenido de las relaciones” (p. 92).

El amor, la confianza, la intimidad, la duración en el tiempo, el hecho de compartir tiempo, dinero, entre otros, son algunas de las características más resaltantes en las relaciones de pareja. Para lograr ello, comparten conductas e intercambian bienes, siendo algunos de ellos exclusivos. A continuación, se precisan los más distinguidos:

El cuerpo. La peculiaridad que define dentro de la sociedad de forma más concreta a la pareja es compartir el cuerpo, debido a que cuando la relación existe, sus miembros se relacionan sexualmente de manera exclusiva entre ellos. Asimismo, generalmente, cuando las relaciones sexuales suceden fuera de la pareja, se coloca muy seriamente en riesgo su continuidad.

Bienes económicos. Concorre una responsabilidad económica por la cual se comparten distintos bienes, por ejemplo, se acostumbra tener un domicilio en común, no obstante, en la actualidad son usuales las parejas que tienen viviendas diferentes y varían la vida en común en el curso de periodos cortos, como fines de semana o vacaciones.

La paternidad/maternidad. Esta es una de las razones que conducen a la formación de parejas fuertes. Sin embargo, en países como Noruega, Islandia y Suecia, esto también está cambiando, ya que la proporción de niños nacidos de mujeres solteras está aumentando y convirtiéndose en la mayoría (Family Fact File, 2001).

Las conductas de apego. Una característica muy significativa en la pareja es el apoyo recíproco. Esto se refleja en la fórmula de mantenerse juntos en las alegrías y en las tristezas, en la salud y la enfermedad (García, 2002).

No obstante, no todas las actitudes que se dan dentro de la relación tienen que ser exclusivas entre ellas, como el ocio, por ejemplo, hay algunas actividades que necesariamente tienen que hacerse por separado o en las cuales simplemente el otro no necesariamente tiene por qué inmiscuirse en ellas.

El compromiso en la pareja

Existe un elemento importantísimo en la pareja que es su insignia de identificación y se llama compromiso, “el compromiso es la firmeza personal de corresponder y conservarse en la pareja y que a pesar de los problemas que surjan, continuarán en pareja batallando de forma eficaz contra las dificultades” (Beck, 1988, citado por García, 2002, p. 97).

Por otro lado, el nivel de esta determinación está en relación con qué es lo que busca la pareja en la relación:

La elección del compromiso de la pareja es propia, pero muchas veces se sostiene debido a factores sociales, convicciones religiosas, tradiciones y presiones de la sociedad, la familia de la pareja o el entorno en el que viven (García, 2002, p. 97).

Para García (2002), “en la actualidad, se supone que la finalidad implícita con la que cada miembro se une en una relación de pareja es para hacer su vida más feliz y colmada al lado del otro y recibir un trato similar.” (p. 93). Con ello se infiere que la finalidad por la que las personas se unen en una relación de pareja es porque buscan realizarse sobre la base de su proyecto de vida, y de acuerdo con sus convicciones buscar la felicidad. Entonces, si

naturalmente las personas tienen una privacidad, esta esfera no puede ser penetrada por el otro, al menos siempre y cuando su pareja no se lo permita, porque como se ha visto anteriormente el derecho a ser dejado en paz puede figurarse en este contexto; por ello jamás debe confundirse la confianza que existe en la pareja con el derecho que algunos piensan que tienen sobre la base de la confianza a acceder a su información y reservas que son netamente de la persona.

La pareja como ente social

En suma, todo lo analizado respecto a las relaciones de pareja las coloca en una situación muy especial, es decir, la pareja se ha convertido en un ente social y es una base de referencia previa a la conformación de la familia, que es la médula básica de la sociedad y, por tanto, sometido de protección por parte del Estado.

La concepción de pareja en su esencia no ha cambiado a lo largo de la historia; sin embargo, algunas características de estas cambian de acuerdo con la época y lugar en la que se conforman. Actualmente, se aprecia que en gran parte de parejas los problemas que se basan en la confianza en los últimos tiempos se han incrementado, debido a que por los avances científicos las personas tienen infinitas posibilidades de conectarnos e interactuar con terceras personas en cualquier momento y lugar.

Por lo anterior, se determina que dentro de las relaciones de pareja estos lleguen al extremo de quebrantar los derechos del otro, los cuales están referidos a su intimidad y secreto de las comunicaciones. Ello porque sienten ganas de controlar las acciones de su pareja y mantenerse al tanto de lo que esta haga y deje de hacer con terceros. Esta actitud es grave, ya que constituye delitos que están tipificados en el Código Penal.

Por tal motivo, esto se evidencia en lo siguiente, tal como lo sostiene Carmona & Vigil (2015):

El derecho a la intimidad, desde la perspectiva normativa, no ha evolucionado; pero, en los últimos tiempos, las relaciones intersubjetivas dentro de las que se protege el referido derecho han cambiado esencialmente las relaciones en las que se sustenta, y, de forma muy especial, en las relaciones de la familia, lo que debería llevar a establecer nuevas doctrinas referidas al derecho a la intimidad, instituyendo reglas o principios que involucran una debida defensa de este derecho fundamental (p. 78).

2.3 Definición de Términos Básicos

Agravante. “Circunstancias que concurren ya sea en el hecho delictivo o en el hecho delictivo mismo y aumentan la responsabilidad penal” (Gálvez Condori & Maquera Morales, 2020, p. 18).

Delito. “Este fue un acto típico, antijurídico e ilegal, que está prohibido por la ley, contra el derecho, y en el que el agente tenía control sobre la situación, es decir, no eligió participar en un curso de acción diferente” (Gálvez & Maquera, 2020, p. 30).

Derechos fundamentales. “El conjunto básico de capacidades y libertades otorgadas constitucionalmente a los ciudadanos de un país en particular y garantizadas por el poder judicial” (Gálvez & Maquera, 2020, p. 30)

Comunicaciones. Comunicación o el acto y efecto de la comunicación. Un intercambio o correspondencia entre más de una persona. Envía una señal utilizando un código común para el emisor y el receptor (Diccionario de la Lengua Española, s.f.).

Derecho al secreto de las comunicaciones. Toda persona tiene el derecho legal a la intimidad, que no se refiere a un espacio físico sino a un determinado ámbito inmaterial de intimidad que la ley reconoce como personal, propio e inviolable. Desde esta perspectiva, se

reconoce una esfera de intimidad, donde las cosas se mantienen privadas hasta el punto de ser vistas como una extensión de la persona misma (Bramont-Arias, 1994).

Inviolabilidad de las comunicaciones. "El derecho otorga a las partes comunicantes un conocimiento íntimo o confidencial del contenido transmitido, sea o no el contenido de hecho confidencial" (Bramont-Arias, 1994, p. 210).

Relación de pareja. La relación entre marido y mujer es un vínculo romántico entre dos personas. El cortejo, las concubinas y el matrimonio aparecen en el sentido marital de la relación (Pérez & Gardey, 2014).

Violación de correspondencia. "El delito incluye la apertura ilícita de una carta sellada, comunicación u oficio no enviado a usted". (Gálvez & Maquera, 2020, p. 86).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo y Método de la Investigación

3.1.1 Enfoque de la investigación

“El enfoque es la perspectiva que posee el investigador respecto a un punto de vista con la finalidad de aproximarse a un objetivo.” (Gallardo, 2017, p. 21). En la presente indagación se utilizó el enfoque **cualitativo**. Para Krause (1995, citado por Gallardo Echenique, 2017), en el modelado interpretativo, "la tarea del investigador científico es examinar los procesos hermenéuticos mediante los cuales los agentes sociales crean la 'realidad', dicho de otro modo, corresponde a investigar cómo se establece el significado de un objeto" (p. 22).

De acuerdo con lo anterior, se estudió la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, para lo cual se contó con el aporte cognoscitivo de jueces, abogados y fiscales; además del estudio de resoluciones judiciales concernientes al tema en mención a efectos de determinar si es que su aplicación de acuerdo con la normativa vigente es la más adecuada.

Atendiendo al propósito de la investigación, existen dos criterios de clasificación que pueden ser intrínseco o extrínseco.

Según el **propósito intrínseco** de la investigación, la presente fue de tipo **descriptiva**. “Este criterio de clasificación hace referencia a qué es lo que se busca con la investigación en sí misma” (Rios, 2016, p. 9). De esta manera, la finalidad intrínseca de la investigación fue determinar cómo se aplica el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja en Piura durante el 2021.

De acuerdo con el **propósito extrínseco**, la presente investigación fue **pura o teórica**. El objetivo extrínseco de una investigación es aquel que está más allá de la investigación misma, es decir, es lo que podría tener como propósito una vez concluida y con el paso del tiempo. (Rios Cataño, 2016). Conforme a lo anterior, lo que se pretendió a partir de la presente investigación es poner de manifiesto la constante violación del derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de pareja, para de esta forma crear conciencia en el legislador y se busque así modificar la ley penal, especialmente el artículo 161. Violación de correspondencia; incorporándose la agravante relación de pareja.

3.2 Tipo de la Investigación

Según la intención de la investigación, esta se puede distinguir según el nivel, el diseño o el propósito. En principio, de acuerdo con el **propósito** de la investigación, esta se clasifica en investigación de tipo pura o básica y en investigación aplicada.

El referido trabajo de investigación fue de **tipo investigación pura o básica**, en razón de que el objetivo fue describir la problemática de la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en las relaciones de pareja, utilizando como base información en cuanto al desarrollo doctrinal y tratamiento jurídico que el legislador le ha dado a este derecho. “En la investigación básica o pura, tiene el objetivo de es la producir y recopilar la información para construir una base de comprensión que se va añadiendo a la información previamente existente” (Calla & Calla, 2019).

Por otro lado, en cuanto al **nivel** o alcance de la investigación, la clasificación va desde el nivel exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo. La presente investigación perteneció a la clase de **investigación descriptiva**, ya que se buscó determinar la aplicación

del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, situaciones jurídico- social de la relación de pareja y aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudencial del tema en mención.

Esto lo sostiene Hernández, Fernández, & Baptista (2014):

Con los estudios de tipo descriptivo, es describir los rasgos, características y personas de personas, grupos, colectividades, procesos, cosas o cualquier otra manifestación que sea objeto de análisis. No buscan establecer cómo estas definiciones o variables se relacionan entre sí, en otras palabras; en cambio, solo tienen como objetivo medir o recopilar datos de forma independiente o conjunta sobre las definiciones o variables a las que hacen referencia (p. 92).

Finalmente, según el diseño de la investigación; esta se clasifica en documental, de campo o diseño de campo y experimental. La investigación documental. Según Arias (2006) y Martins & Palella (2012), citado, por Gallardo (2017) "Es un proceso basado en encontrar, recuperar, investigar, criticar e interpretar información obtenida y registrada en una variedad de fuentes" (p. 54).

Para la presente investigación, conforme al diseño, se utilizó la **investigación documental**, considerando que se consultó información de diversas fuentes como libros, revistas, artículos científicos, resoluciones judiciales y opiniones de jueces, fiscales y abogados. Aunado a ello, lo que se buscó es generar mayor conocimiento respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, especialmente en lo que respecta a su aplicación dentro de la relación de pareja,

3.3 Método de la Investigación

Respecto al método que se manipuló en la presente investigación es el **inductivo fenomenológico**, en vista de que se inició la investigación refiriendo la problemática que surge en las parejas al quebrantar su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, y se concluye en la premisa de que tal conducta constituye un ilícito penal que pese a estar reglamentado en el Código Penal, este precisa de una regulación adecuada. “En otras palabras, las investigaciones cualitativas se apoyan más en una razón y proceso inductivo (examinar y describir, y posteriormente producir perspectivas teóricas). Parten de lo particular a lo general.” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, p. 8).

Por otro lado, Calla & Calla (2019) han determinado lo siguiente:

Sobre el método inductivo fenomenológico: Va de lo más específico a lo general porque es lo contrario o lo opuesto al deductivo. En otras palabras, observar, registrar y comparar información crea premisas comunes que pueden usarse para apoyar o explicar. De una porción, a un todo (p. 121).

3.4 Diseño Muestral

“En esencia, la muestra es, una parte de la población. Es decir, es un subconjunto de componentes que pertenecen a esa agrupación definida en sus características al que denominamos población” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, p. 175). En esa línea de ideas, “la investigación cualitativa utiliza muestras no probabilísticas destinadas a reproducir lo más fielmente posible a toda la población, dadas sus características conocidas. Se evitarán los pruebas probabilísticas” (Deslauriers, 2004; Monje-Álvarez, 2011, citado por Gallardo, 2017, p. 66). Por lo anterior, en la presente investigación se aplicó un **muestreo de tipo no probabilístico** con un **procedimiento muestral por conveniencia**. “Conveniencia (o

discrecionales): se utiliza cuando los investigadores solicitan a los posibles colaboradores que se pronuncien de manera voluntaria" (Collins, Onwuegbuzie, & Jiao, 2006, citado por Gallardo, 2017, p. 67).

La dimensión de una muestra se refiere al número de sujetos que serán incluidos en la misma. Así, la cantidad de individuos comprendidos en la muestra se supedita a la precisión que se pretenda alcanzar con su estudio. Idealmente, se tienen que estudiar muestras grandes, debido a que estas arrojarán datos de manera más acertada respecto a la población general (Calla & Calla, 2019, p. 122).

La muestra que se eligió en la presente investigación fue de diez (10) abogados peruanos, los cuales estuvieron seleccionados por conveniencia.

En ese sentido, se optó por tres jueces penales, tres fiscales y cuatro abogados especialistas en derecho penal y constitucional; ya que se consideró que, por sus funciones y conocimientos en la materia, son de mayor provecho y ayuda para la investigación. Los tres jueces penales elegidos laboraban en juzgados penales de las Cortes Superiores de Justicia del Perú. Los tres fiscales pertenecían a despachos de las fiscalías provinciales penales corporativas del Perú; y respecto a los cuatro abogados, eran litigantes y además ejercían docencia universitaria con especialidad en derecho penal y constitucional. Dichas muestras fueron elegidas de esa manera porque la investigadora contaba con la posibilidad de ponerse en contacto con dichos sujetos quienes estaban predispuestos a participar de la aplicación del respectivo instrumento.

Tabla 1
Criterios de inclusión y de exclusión de la muestra

Criterios de inclusión	Criterios de exclusión
<p style="text-align: center;">Jueces</p> <ul style="list-style-type: none"> - Especialistas en derecho penal - Que laboren en juzgados penales dentro del territorio peruano. 	<p style="text-align: center;">Jueces</p> <ul style="list-style-type: none"> - Especialistas en otra materia del derecho que no sea penal - Que laboren en juzgados especializados en otra materia que no sea penal, y en el extranjero.
<p style="text-align: center;">Fiscales</p> <ul style="list-style-type: none"> - Especialistas en derecho penal. - Que laboren en fiscalías provinciales penales corporativas dentro del territorio peruano. 	<p style="text-align: center;">Fiscales</p> <ul style="list-style-type: none"> - Especialistas en otra materia del derecho que no sea penal. - Que laboren en fiscalías especializadas en otras materias que no sean penales, y en el extranjero.
<p style="text-align: center;">Abogados</p> <ul style="list-style-type: none"> - Especialistas en derecho penal - Especialistas en derecho constitucional - Litigantes - Catedráticos 	<p style="text-align: center;">Abogados</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que no sean especialistas en derecho penal - Que no sean especialistas en derecho constitucional - Que no sean litigantes - Que no ejerzan cátedra universitaria

3.2 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

3.2.1 Técnicas de recolección de datos

“La recopilación de datos implica una planificación detallada de los procesos que ayudan a recopilar datos con una finalidad específica”. (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, pág. 198). Mientras que para Calla & Calla (2019):

Son procesos metodológicos y sistemáticos encargados de operativizar e implementar las técnicas de investigación y tienen la facilidad de acopiar información de forma inmediata, dichas técnicas son una invención del ser humano y como tal concurren muchas técnicas como dificultades susceptibles de ser examinadas (p. 127)

En ese orden de ideas, en la presente investigación, se realizó la técnica de la entrevista, a través de la cual se pudo obtener la información que se pretendía de manera concreta.

Según Calla & Calla (2019) la entrevista se define de la siguiente manera:

Este es un diálogo destinado a encontrar datos específicos relacionados con la información solicitada. Incluye opciones de preselección de quien o quienes aplicará. Igualmente, no podría aplicarse a cualquiera, acaso establecer anticipadamente con el entrevistado la finalidad, tiempo y el uso de dichos resultados (p. 128).

3.2.2 Instrumentos de recolección de datos

Los instrumentos se utilizan con la finalidad de recolectar los datos de la investigación. Asimismo, el autor señala que “un instrumento de comprobación adecuado es el cual registra los datos visibles, de tal manera que representen realmente a las variables que se están estudiando” (Hernández, 1991, citado por Calla & Calla, 2019, p. 128).

En este orden de ideas, en la presente tesis se empleó como instrumento la guía de entrevista con preguntas abiertas, debido a que se efectuó un conjunto de preguntas a los entrevistados en lo que respecta a la categoría y subcategorías de la investigación; asimismo tuvieron la posibilidad de explayarse en las interrogantes y no tuvieron la limitante de responder sí o no. “En manifestaciones sociales, quizá el instrumento más usado para recoger los datos es el cuestionario. Este, consiste en un conjunto de interrogaciones sobre una o más variables a medir” (Chasteauneuf, 2009, citado por Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, p. 217).

Adicionalmente a lo anterior, se realizó un análisis documental de cinco resoluciones judiciales concernientes al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, y relacionadas al derecho a la intimidad en la relación de pareja; ello a fin de tener un panorama más amplio respecto a la práctica judicial del tema en mención y sobre todo enriquecer los resultados obtenidos con la presente investigación.

Tabla 2
Descripción de resoluciones judiciales materia de análisis

Resolución	Tema	Instancia
00774-2005-HC/TC.	Derecho al secreto de las comunicaciones	Tribunal Constitucional
00828-2016-72-0501-JR-PE-05	Violación del secreto de las comunicaciones	Sala Penal de Apelaciones
00011-2017-18-5201-JR-PE-03	Derecho al secreto de las comunicaciones	Sala Penal de Apelaciones
6712-2005- PHC / TC	Derecho a la vida privada	Tribunal Constitucional
01797-2002-HD/TC	Derecho a la intimidad y derecho a la autodeterminación informativa	Tribunal Constitucional
EXP. N° 00943-2016-PA/TC Pleno. Sentencia 412/2020	Derecho al secreto de las comunicaciones	Tribunal Constitucional
EXP. N.° 01019-2017-PA/TC Pleno. Sentencia 699/2021	Afectación del derecho al secreto de las comunicaciones	Tribunal Constitucional
EXP.N.O 00867-2011-PA/TC	Derecho al secreto de las comunicaciones	Tribunal Constitucional
EXP. N.° 01601-2013-PHC/TC	Derechos conexos a la libertad personal	Tribunal Constitucional
EXP. N.° 00655-2010-PHC/TC	Violación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	Tribunal Constitucional

3.3 Procedimiento para la Recolección de Datos

Para Gallardo (2017), “el que investiga debe ejecutar una serie de diligencias y consideraciones éticas en lo que dura la recolección de datos, por ejemplo, la confiabilidad, el consentimiento informado de los sujetos objeto de estudio, etc” (p. 74). Por tanto, en el presente trabajo de investigación se contó con el consentimiento informado, el cual fue entregado a cada entrevistado y además, las entrevistas fueron grabadas a través de la plataforma Google Meet.

3.4 Técnicas de Procedimiento y Análisis de Datos

“En el examen de datos cualitativos el procedimiento esencial radica en que se recibe datos no estructurados y estos se estructuran e interpretan. Los datos cualitativos son bastante diversos, sin embargo, en esencia son descripciones de los participantes.” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, p. 460).

En ese orden de ideas, “en cuanto al análisis de datos en el estudio cualitativo, se basa en presentar, categorizar, depurar, sintetizar y comparar información con el fin de requerir un acercamiento más completo a la realidad estudiada” (Gallardo, 2017, p. 82).

En la presente investigación se usó como **técnica de procedimiento la codificación abierta**. “Codificación abierta: se revisa toda la información acopiada a partir de los textos, observaciones, entrevistas, etc. Con el objeto de analizar y establecer categorías y definiciones con sus cualidades-atributos- y además sus variaciones-dimensiones” (Hernández et al., 2014; Mendizábal, 2006, citados por Gallardo, 2017, p. 82).

“En la investigación cualitativa se estudia el contexto desde un aspecto humanista, procurando comprender la conducta del hombre, de acuerdo a los fundamentos de las manifestaciones, la hermenéutica y el existencialismo” (Chárriez-Cordero, 2012, citado por Gallardo, 2017, p. 83). Respecto al **análisis de datos** se usó la técnica de la **triangulación teórica**, que “radica en la utilización de distintas teorías y aspectos con el objeto de estructurar, examinar y explicar los datos” (Gurdián-Fernández, 2007; Izcara-Palacios, 2014, citado por Gallardo, 2017, p. 84).

Para la recolección de la información se usó la guía de la entrevista aplicada a tres jueces, tres fiscales y cuatro abogados y el análisis de contenido de las cinco resoluciones propuestas, dicho análisis se ha realizado con el apoyo del *software* ATLAS. Ti, con la finalidad

de examinar la aplicación y tratamiento jurídico del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Desde esa perspectiva, en la presente investigación se procuró responder ¿cómo se aplica el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, en el Perú (2021)?

De esa manera, analizando el contenido de la investigación, se verificó la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, en el Perú-2021.

3.5 Aspectos Éticos

Para elaborar un trabajo de investigación que tenga validez en la comunidad científica, el investigador debe cumplir con ciertos criterios de forma y de fondo establecido; además de ello, debe ser muy cuidadoso con las fuentes que consulta y utiliza como base para elaborar dicha investigación. Para Rios (2016), los aspectos éticos de una investigación vienen a ser la “manera correcta de conseguir la información, el trato adecuado de los sujetos a investigar, la confidencialidad, entre otros. Cualquier investigación que no respete aspectos éticos no podría ser considerada como una investigación pertinente” (p. 18).

3.5.1 Integridad científica

La integridad científica “se refiere a la práctica correcta de los métodos de investigación, de modo que dicha práctica sea honesta, transparente, justa y responsable” (Rios, 2016, p. 19). En la presente investigación se consultó y se citó de manera adecuada las fuentes de información consultadas, de tal manera que no se omitió ni modificó su contenido según el interés del investigador, ello a efectos de que, al momento de ser el caso y se consulte dichas fuentes, no se presenten incongruencias.

3.5.2 Conflicto de intereses

Para Rios (2016), el conflicto de intereses “ocurre cuando el investigador puede ver influenciada la objetividad de los resultados debido a intereses económicos, comerciales o de otra índole sobre productos o servicios empleados o abordados en la investigación” (p. 19). Conforme a lo anteriormente expuesto, se puede anotar que dicha situación no ocurrió en la presente tesis, ya que se elaboró de la manera más objetiva posible, procurando llegar a un resultado real. El tema abordado en la presente investigación, no se relacionó con intereses personales de ningún tipo respecto del investigador.

3.5.3 Mala conducta científica

La mala conducta científica “incluye acciones u omisiones para llevar a cabo una investigación distorsionando los resultados de forma deliberada” (Rios, 2016, p. 19). Como se viene exponiendo en los párrafos precedentes, para la realización de la presente investigación, no se modificó ni distorsionó la información que se tuvo como base de consulta, ya que se buscó generar conocimiento de manera objetiva respetando investigaciones elaboradas por otros autores.

3.5.4 Plagio y autoplagio

“El plagio significa tomar las ideas de otros y exhibirlas como si fueran propias.” (Rios, 2016, p. 20). Por otro lado, “el autoplagio ocurre cuando un investigador reproduce sus trabajos previos y ya publicados, y los presenta como si fueran nuevos” (Rios, 2016, p. 20). Para la producción de la presente investigación se utilizaron todas las reglas contenidas en las normas APA séptima edición; por consiguiente, no se cometió este tipo de infracción ética.

3.5.5 Comité de ética de la investigación

Para Rios (2016), “todas las investigaciones que suponen estudios con sujetos o con información confidencial deberían ser aprobadas por un comité de ética, que garantice que el proyecto está cumpliendo con todas las consideraciones necesarias” (p. 21).

Respecto a lo anterior, el presente trabajo de investigación fue exhibido ante el Comité de Ética de la Universidad Continental, el mismo que se encargó de evaluar, la originalidad del tema y demás aspectos de forma y fondo que tenía que cumplir para su respectiva aprobación.

3.5.6 Consentimiento informado

Para Rios (2016), el consentimiento informado es lo siguiente:

Es un mecanismo formal mediante el cual se informa al participante de la investigación sobre sus derechos, la duración del estudio, sus objetivos, el tema, los riesgos potenciales, los beneficios, los tratamientos disponibles, la confidencialidad de los datos y la forma en que se recopilarán los datos, entre otros factores que pueden ser importantes (p. 21).

Para la aplicación del respectivo instrumento de la presente investigación, se le entregó a cada entrevistado el documento de consentimiento informado, mediante el cual se le informó acerca del objetivo y contenido de la investigación; así como las reglas y derechos que poseía al participar de la entrevista.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Resultados del Tratamiento de la Información

4.1.1 Descripción del trabajo de campo

En lo que se refiere al trabajo de campo realizado para la recopilación de la información fue realizado por la investigadora Lourdes Misshel Ambulay Alvarado, mediante la aplicación del instrumento de recolección de información (Guía de entrevista estructurada-cuestionario con preguntas abiertas) relacionado a la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja en el Perú durante el 2021.

Asimismo, para el empleo del instrumento de recolección de información, se confeccionó de manera previa una guía de instrumento, un cuestionario con diez preguntas abiertas referentes al objeto de la investigación. Además, las entrevistas se desarrollaron en noviembre y diciembre del 2021, anticipadamente se pactó con cada sujeto informante la fecha para la ejecución de las entrevistas.

En razón de la coyuntura vivida este 2021 por la tercera ola de la pandemia COVID-19, se estableció distanciamiento social en diversas regiones del país, así como trabajo remoto en entidades públicas como el Poder Judicial y la Fiscalía, tal fue el caso de la provincia de Piura, lugar donde se encontraba la investigadora y algunos informantes. Como opción de solución, se coordinó con los profesionales la posibilidad de realizar las entrevistas a través de plataformas digitales, específicamente mediante Google Meet, sin embargo, debido a sus labores y responsabilidades propios de sus ocupaciones, se han reprogramado varias veces las fechas en las que debieron llevarse a cabo dichas entrevistas.

Para el análisis de los datos conseguidos se usó el *software* Atlas TI, en el cual se codificaron las categorías de acuerdo con los objetivos trazados y se elaboró una red semántica correspondiente a cada entrevista realizada, con la finalidad de distinguir los aportes principales que efectuaron los informantes conforme a cada categoría mostrada.

4.1.2. Análisis y síntesis de los resultados

Entrevistas a jueces

- Informantes: juez 1, juez 2 y juez 3
- Ocupación: jueces penales
- Lugar de la entrevista: Google Meet
- Técnica: guía de entrevista
- Instrumento de recopilación de datos: cuestionario con preguntas abiertas

Tabla 3
Codificación de categorías de la entrevista a jueces

Categoría	Código	Pregunta
Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	1. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
	Intimidad	2. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho a la intimidad?
	Relación	2. ¿Cree Ud. que estos derechos se relacionan? ¿Por qué?
	Evolución Internacional	3. ¿Cuál cree que ha sido la evolución que ha tenido el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones a nivel de los sistemas jurídicos que lo recogen?
Tratamiento jurídico	Tratamiento jurídico nacional	4. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que el Perú ha adoptado respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
	Rol protector y garantista	6. ¿Cree que tal como están regulados, cumple con el rol protector y garantista por parte del Estado, o necesitan alguna modificación? Sí, no ¿Por qué?
	Agravante relación de pareja	7. ¿Cree Ud. que debería incorporarse como circunstancia agravante, la situación especial del agente (relación de pareja) al cometer los delitos contra la intimidad y secreto de las comunicaciones configurados en nuestro Código Penal? ¿Por qué?
	Terapias psicológicas	8. ¿Considera que paralelo a la pena establecida en nuestro Código Penal por la comisión de los delitos contra la intimidad y secreto de las comunicaciones debería establecerse también la imposición de hacer terapias psicológicas especialmente a los agresores?
	Probanza	9. ¿Cuál es su opinión respecto al aspecto de la probanza en el delito de violación de correspondencia?
	Indemnización por daño moral	10. ¿Considera que aunado a la pena privativa de libertad por violación del secreto de las comunicaciones sería factible adicionar una indemnización por daño moral?

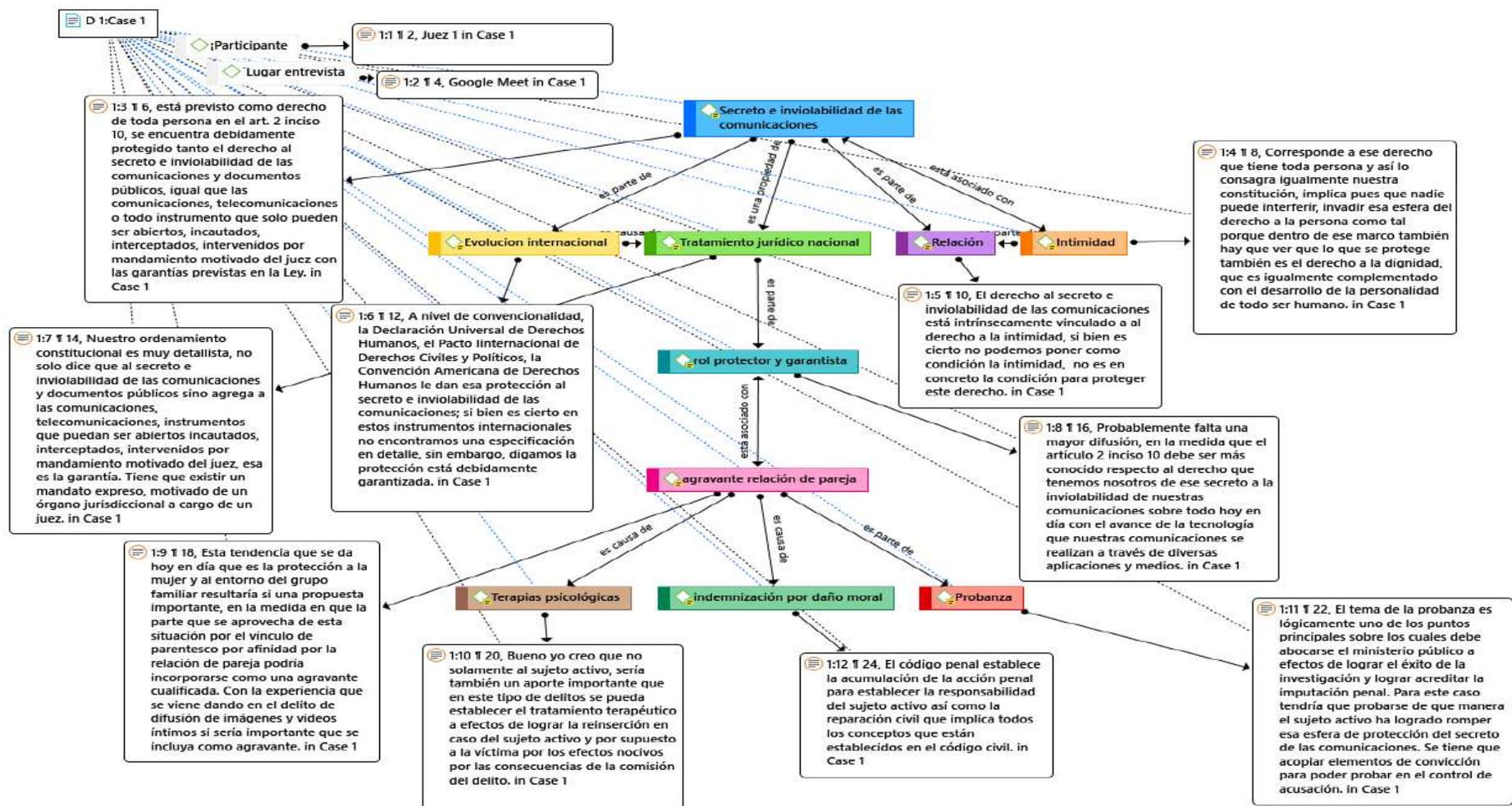


Figura 6. Red semántica entrevista juez 1. Fuente: Software Atlas.Ti

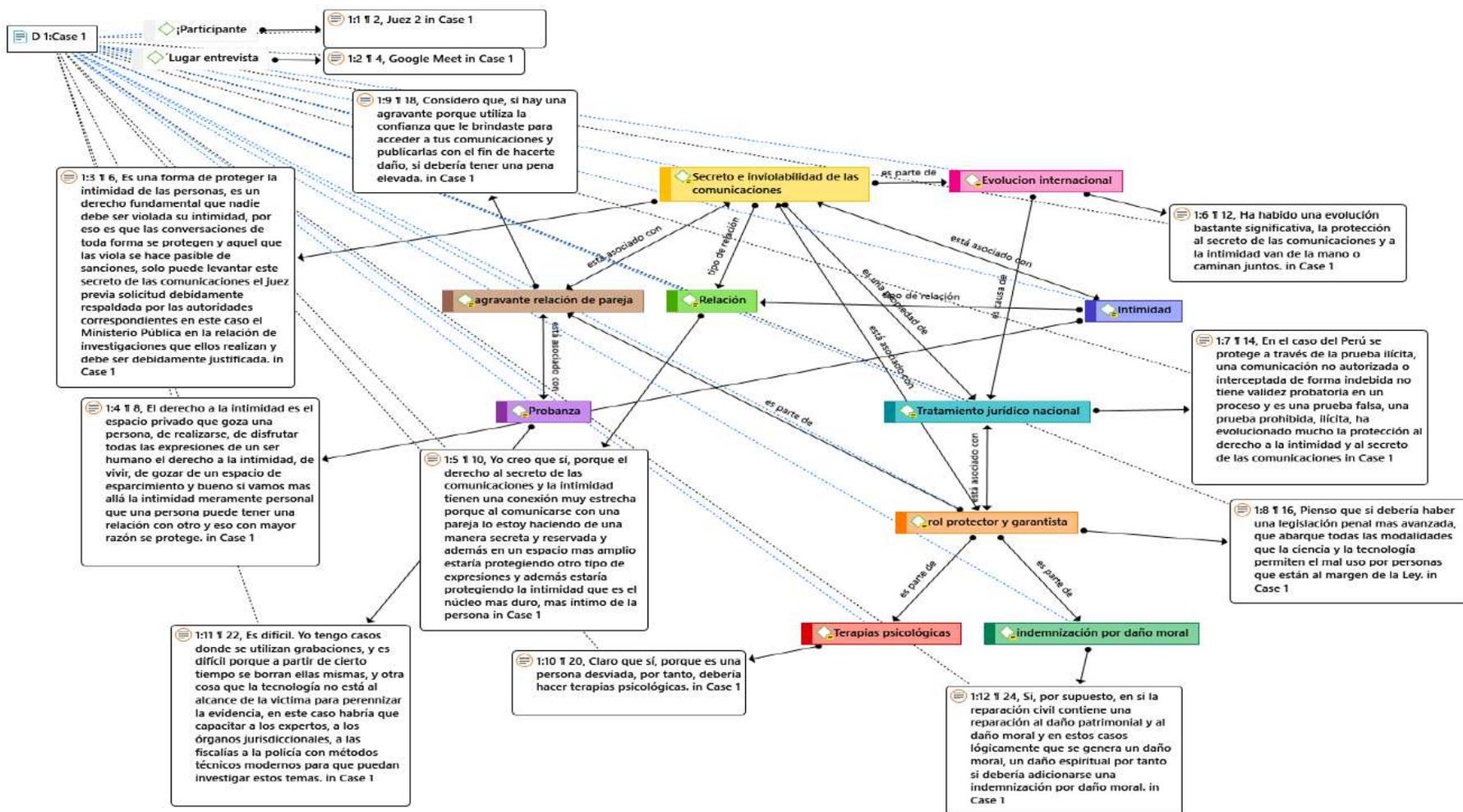


Figura 7. Red semántica entrevista juez 2. Fuente: Software Atlas.Ti

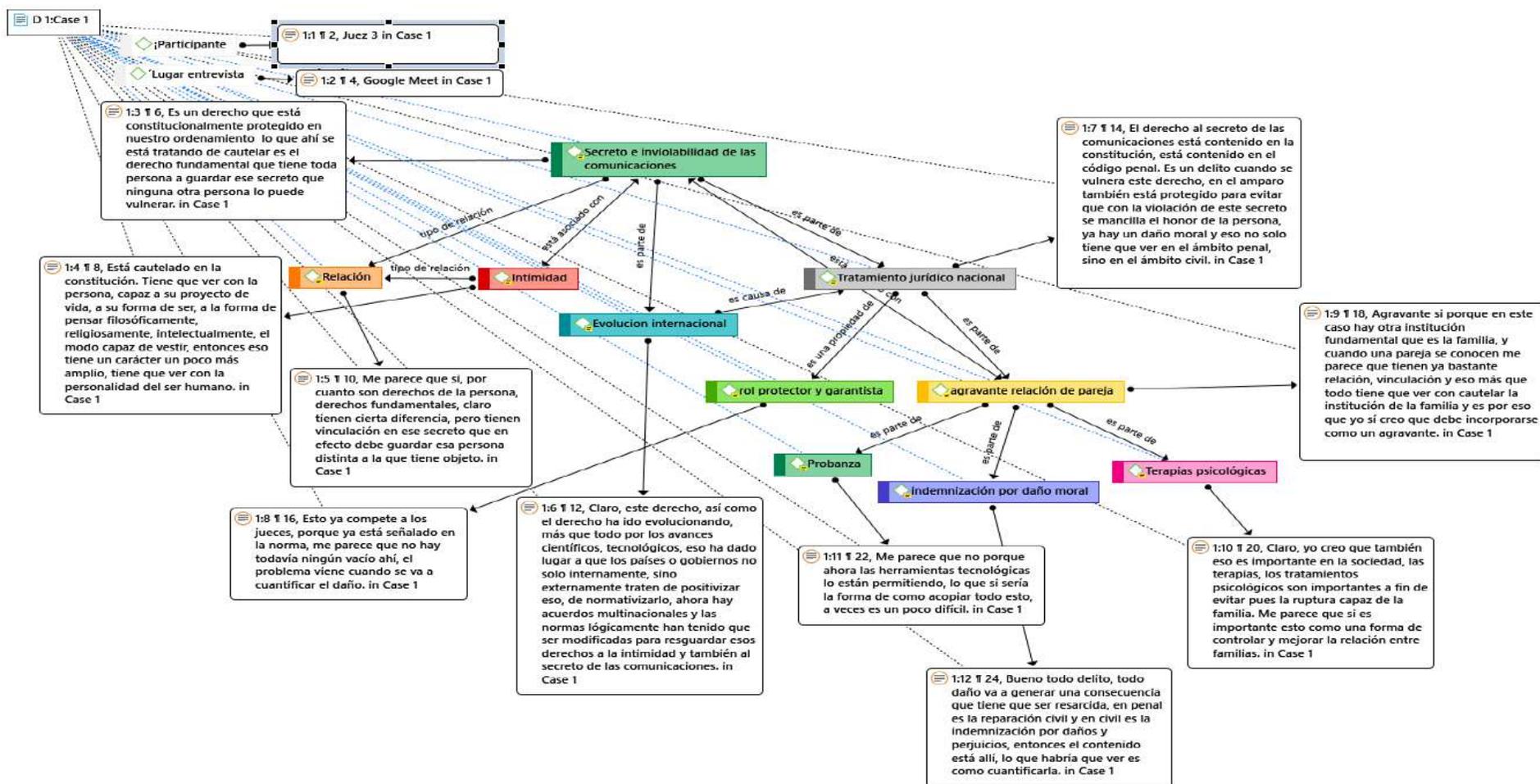


Figura 8. Red semántica entrevista juez 3. Fuente: Software Atlas.Ti

Entrevistas a fiscales

- Informantes: fiscal 1, fiscal 2 y fiscal 3
- Ocupación: fiscales penales
- Lugar de la entrevista: Google Meet
- Técnica: guía de entrevista
- Instrumento de recopilación de datos: cuestionario con preguntas abiertas

Tabla 4
Codificación de categorías de entrevista a fiscales

Categoría	Código	Pregunta
Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	1. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
	Intimidad	2. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho a la intimidad?
	Relación	3. ¿Cree Ud. que estos derechos se relacionan? ¿Por qué?
	Evolución Internacional	4. ¿Cuál cree que ha sido la evolución que ha tenido el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones a nivel de los sistemas jurídicos que lo recogen?
Tratamiento jurídico	Tratamiento nacional jurídico	5. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que el Perú ha adoptado respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
Situación jurídico-social	Frecuencia de denuncias de violación a la intimidad	6. ¿Con qué frecuencia se presentan denuncias de violación a la intimidad?
	Frecuencia de denuncias de violación al secreto de las comunicaciones	7. ¿Con qué frecuencia se presentan denuncias por violación al secreto de las comunicaciones?
	Género que denuncia	8. ¿Son mayormente hombres o mujeres los que denuncian la comisión de estos delitos respectivamente?
	Probabilidad de archivar o acusar	9. En la investigación de estos delitos ¿Es más probable archivar o acusar?
	Redes sociales y aumento de violación al secreto	10. ¿Considera que con la aparición de redes sociales, la violación del secreto de las comunicaciones ha aumentado?

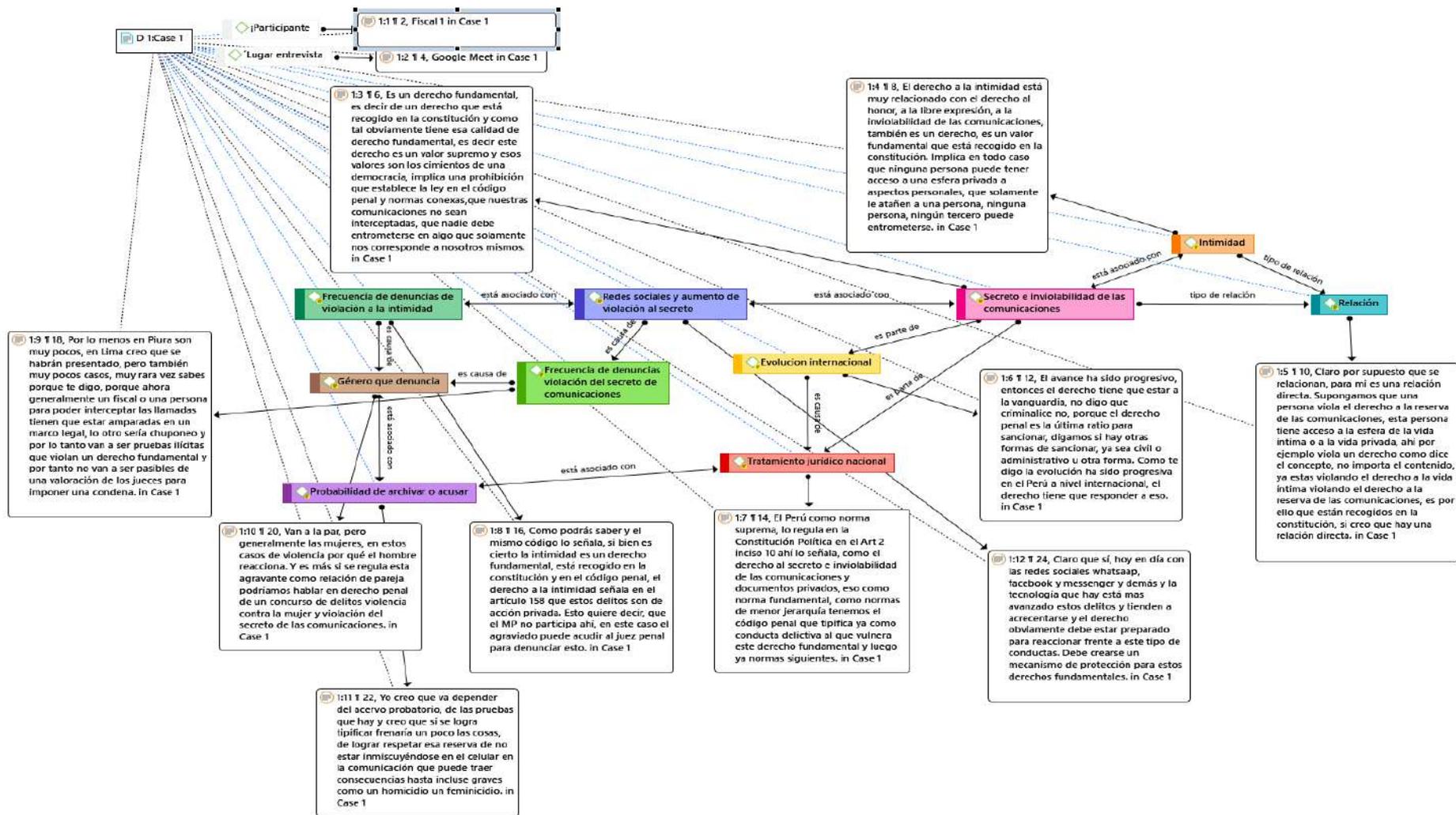


Figura 9. Red semántica entrevista fiscal 1. Fuente: Software Atlas.Ti

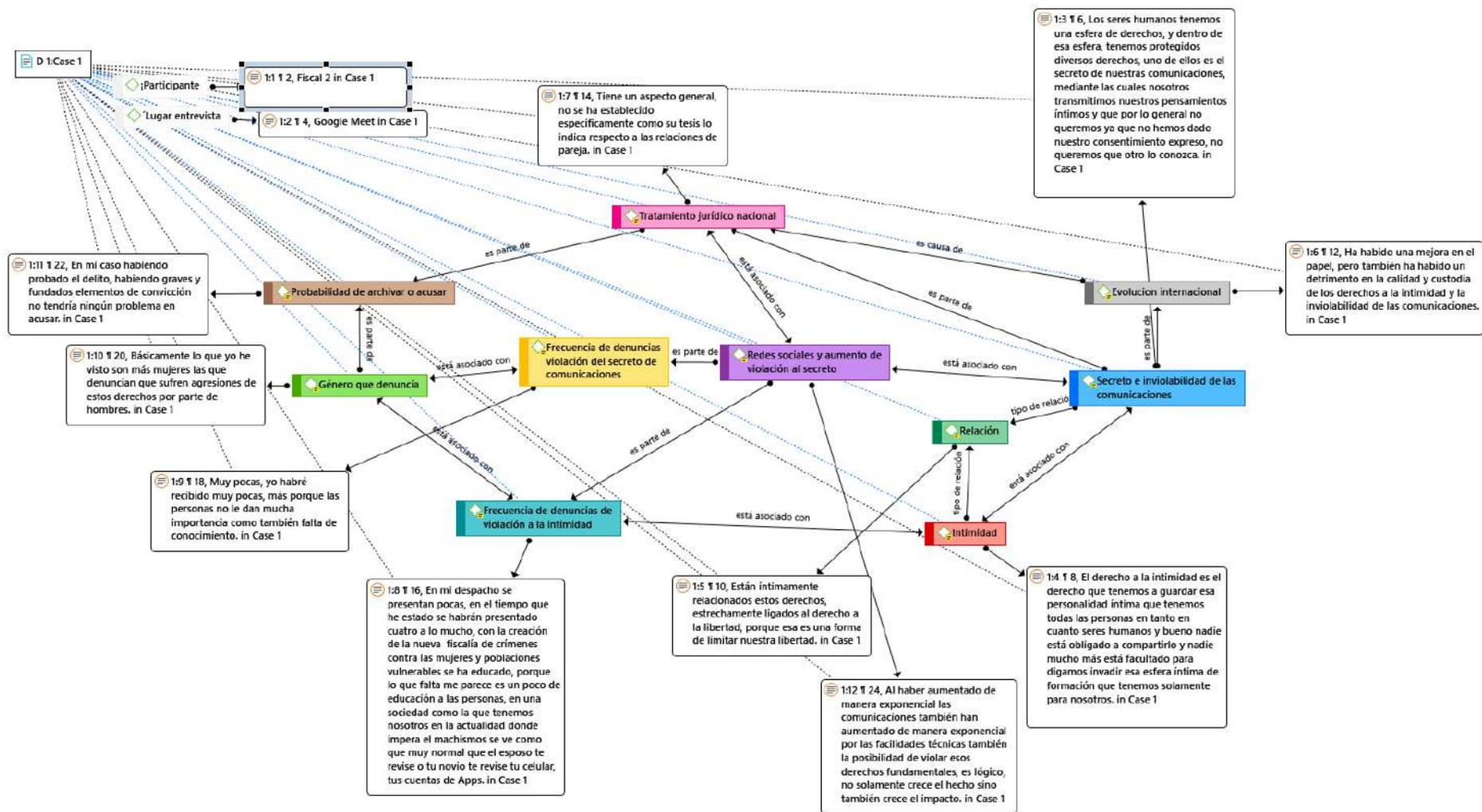


Figura 10. Red semántica entrevista fiscal 2. Fuente: Software Atlas.Ti

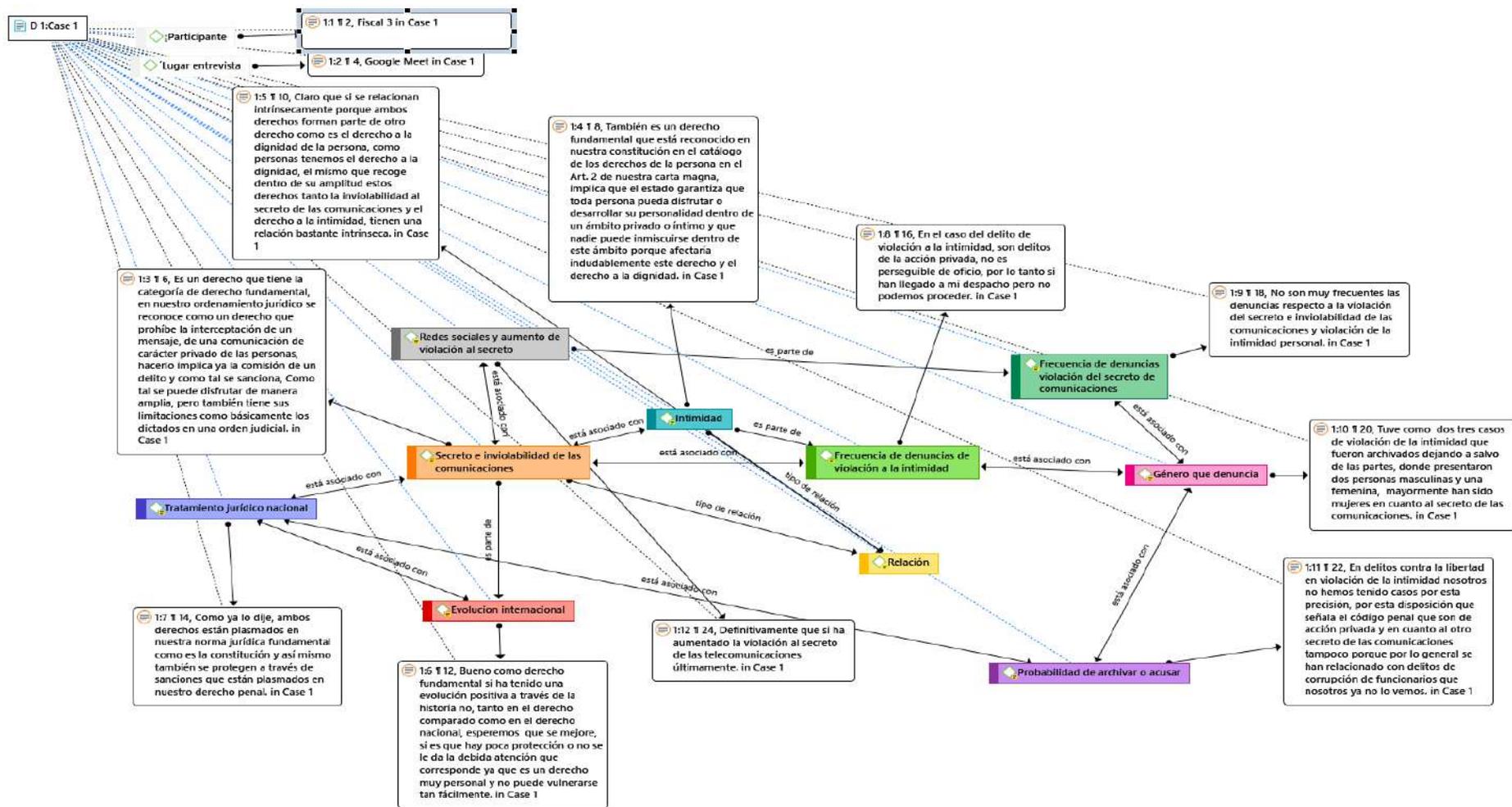


Figura 11. Red semántica entrevista fiscal 3. Fuente: Software Atlas.Ti

Entrevistas a abogados

- Informantes: abogado 1, abogado 2, abogado 3, abogado 4, abogado 5, abogado 6, abogado 7, abogado 8 y abogado 9.
- Ocupación: abogados penalistas
- Lugar de la entrevista: Google Meet y Zoom
- Técnica: guía de entrevista
- Instrumento de recopilación de datos: cuestionario con preguntas abiertas

Tabla 5
Codificación de categorías entrevista abogados

Categoría	Código	Pregunta
Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones	1. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
	Intimidad	2. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho a la intimidad?
	Relación	3. ¿Cree Ud. que estos derechos se relacionan? ¿Por qué?
	Evolución Internacional	4. ¿Cuál cree que ha sido la evolución que ha tenido el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones a nivel de los sistemas jurídicos que lo recogen?
Tratamiento jurídico	Tratamiento jurídico nacional	5. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que el Perú ha adoptado respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
	Rol protector y garantista	6. ¿Qué relación cree que existe entre el derecho al secreto de las comunicaciones y la relación de pareja?
	Agravante relación de pareja	7. ¿Qué relación cree que existe entre el derecho a la intimidad y la relación de pareja?
Situación social	Terapias psicológicas	8. ¿Considera Ud. que dentro de las relaciones de pareja se quebranta el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
	Probanza	9. ¿Calificaría Ud. como normal la actitud de las parejas de espiarse, o revisar el celular u otro dispositivo en dónde tiene acceso a sus redes sociales?
	Indemnización por daño moral	10. ¿Cuáles cree Ud. que son las razones que colocan a las parejas, tanto al sujeto activo como pasivo en esa situación?

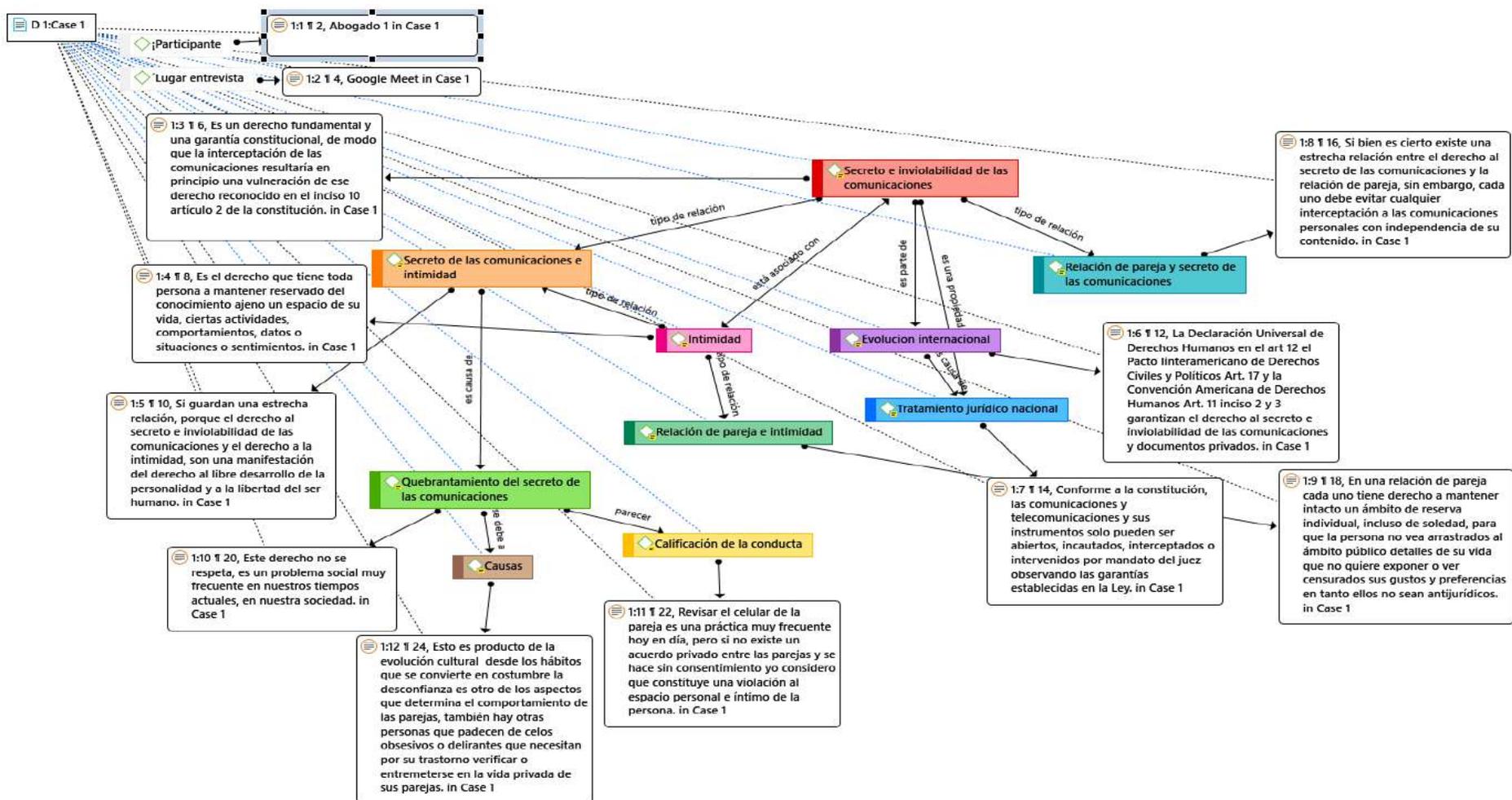


Figura 12. Red semántica entrevista abogado 1. Fuente: Software Atlas. Ti

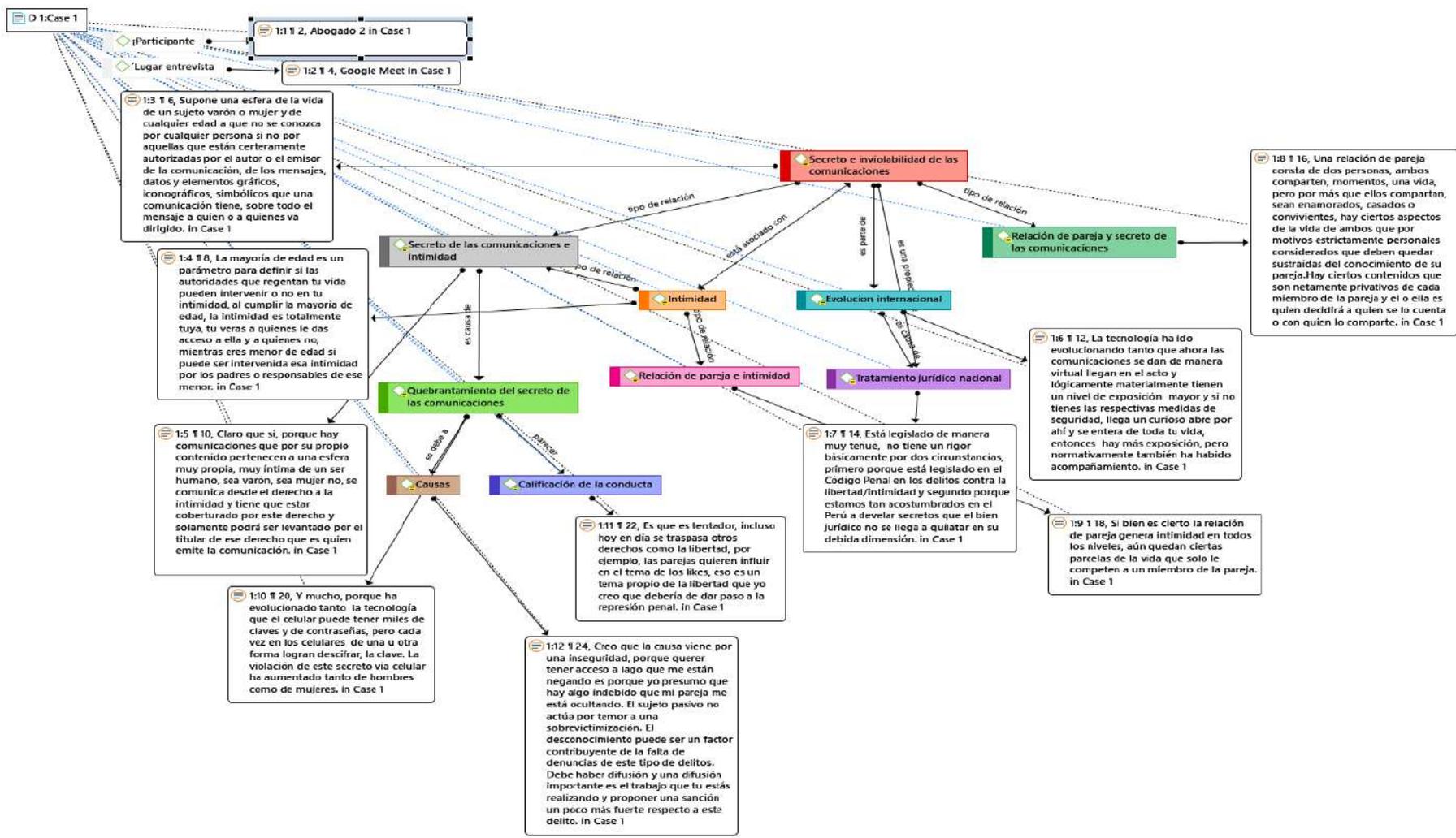


Figura 13. Red semántica entrevista abogado 2. Fuente: Software Atlas. Ti

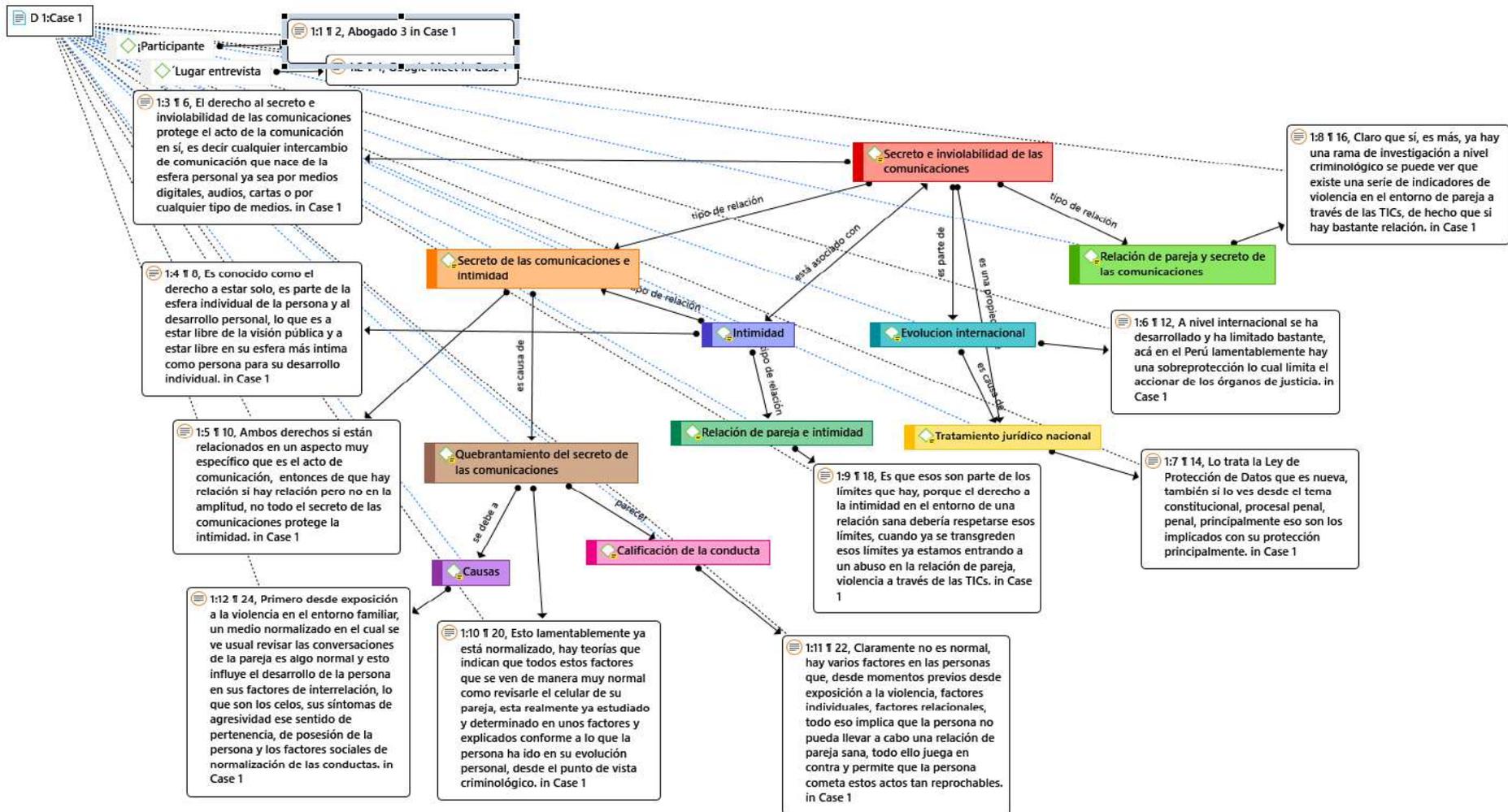


Figura 14: Red semántica entrevista abogado 3. Fuente: Software Atlas. Ti

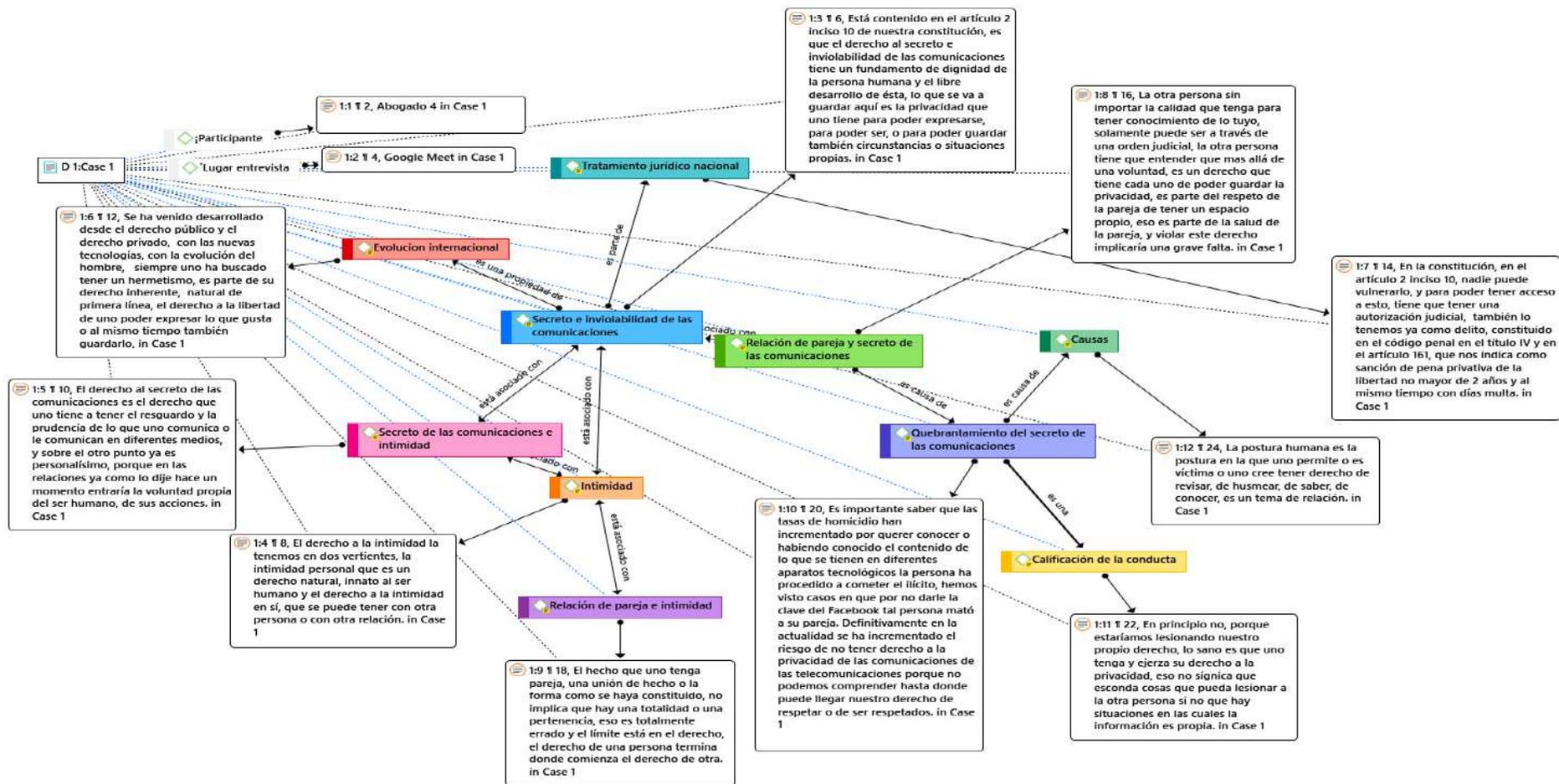


Figura 15. Red semántica entrevista abogado 4. Fuente: Software Atlas. Ti

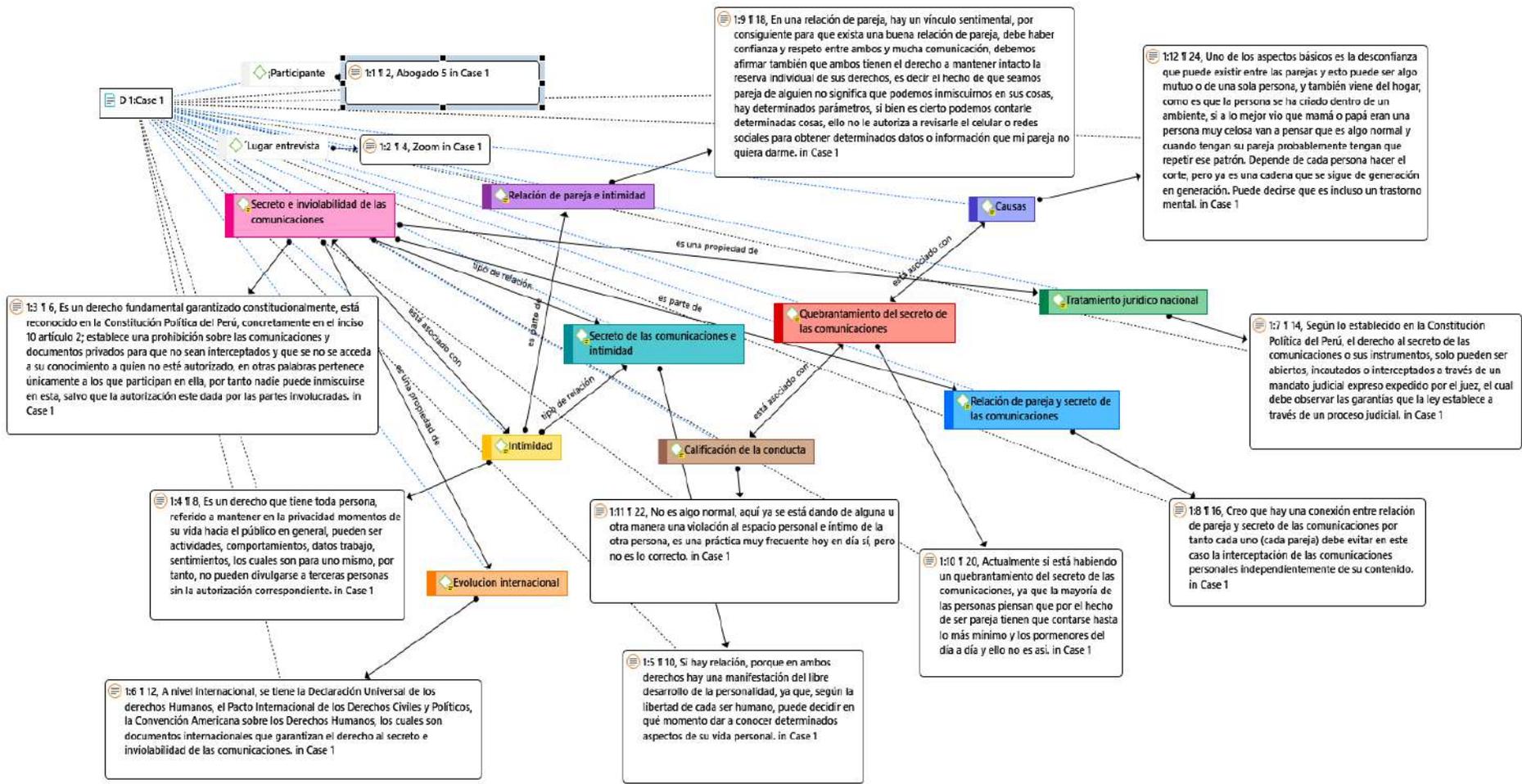


Figura 16. Red semántica entrevista abogado 5. Fuente: Software Atlas. Ti

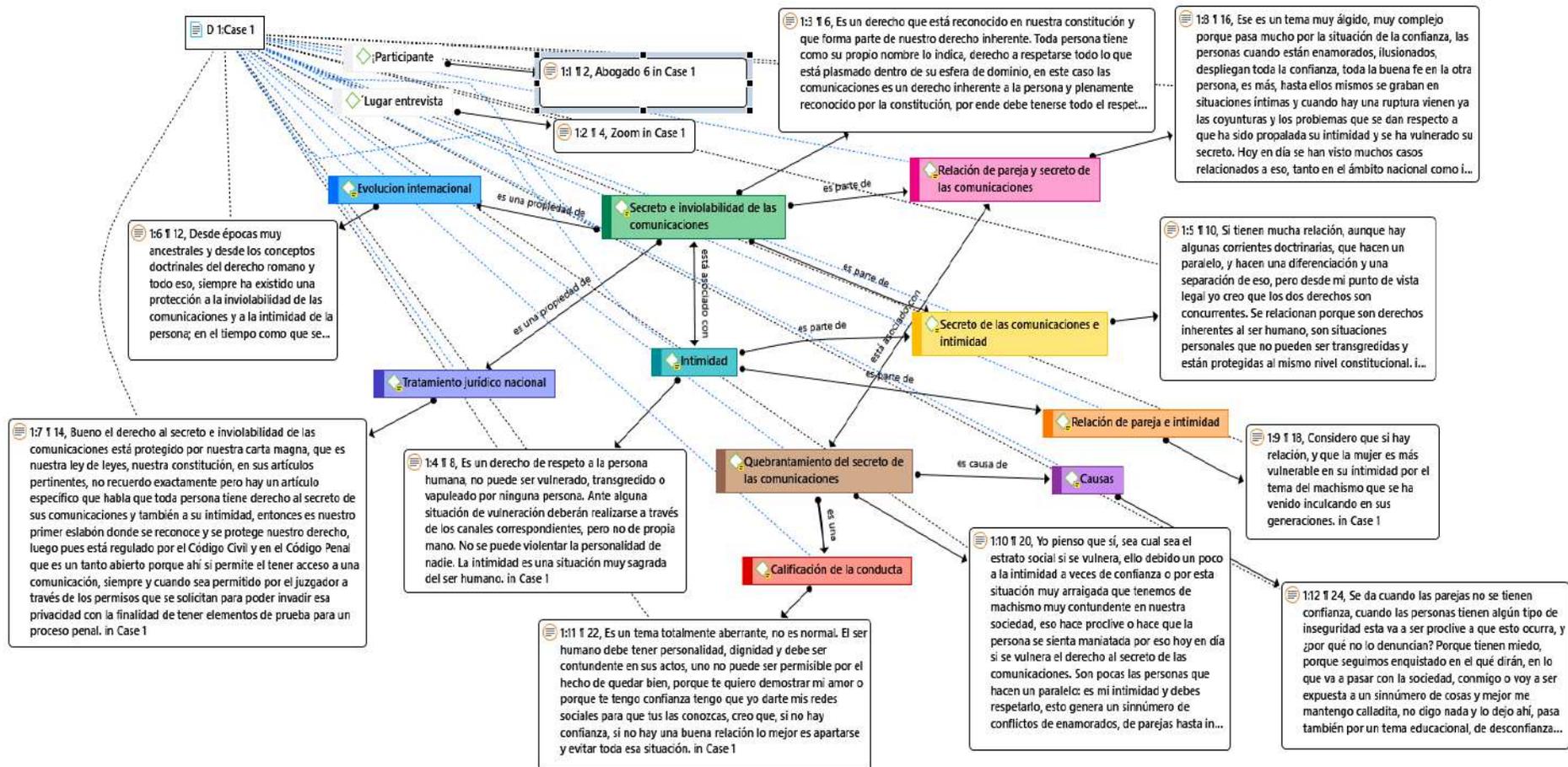


Figura 17. Red semántica entrevista abogado 6. Fuente: Software Atlas. Ti

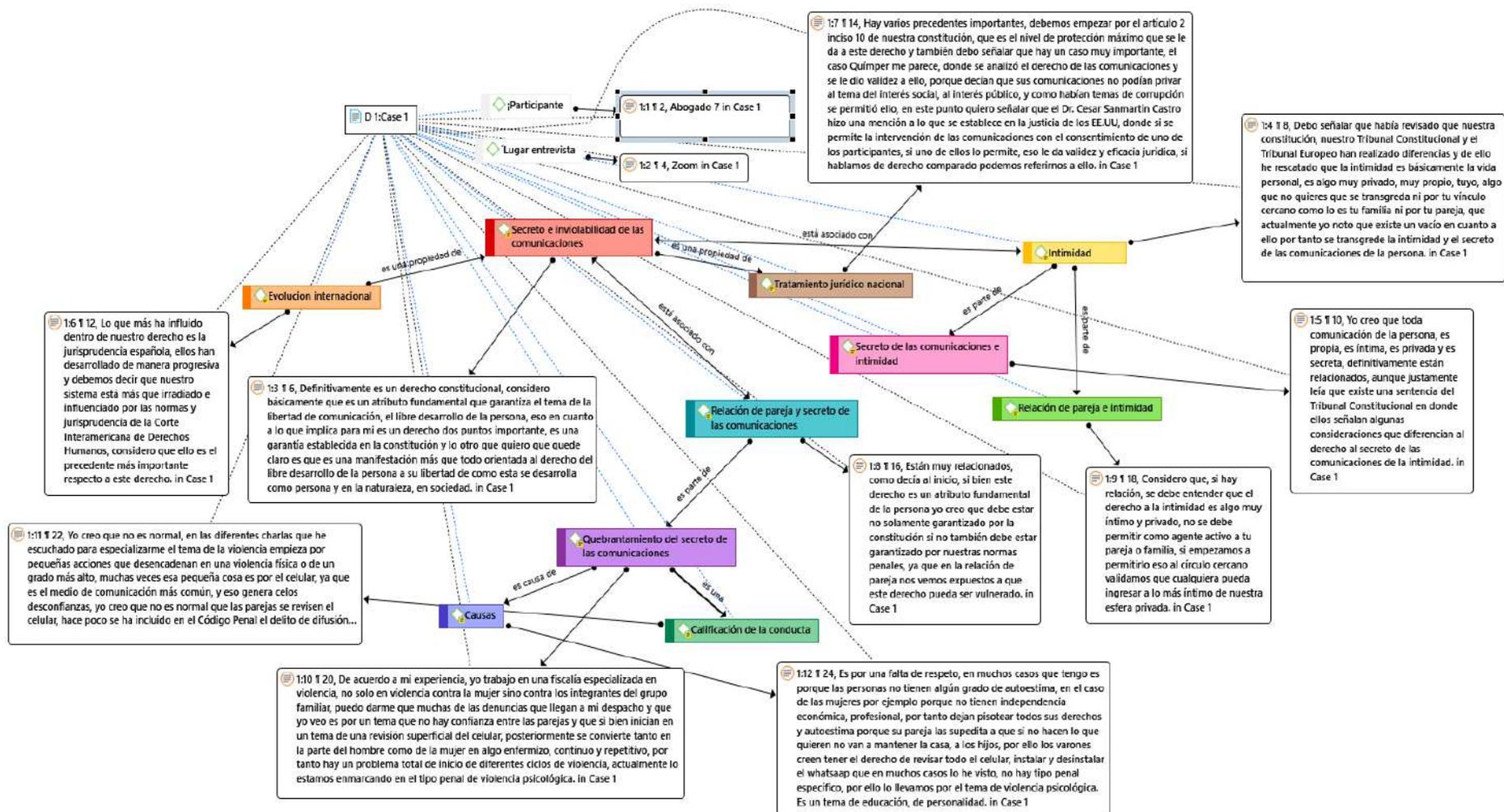


Figura 18. Red semántica entrevista abogado 7. Fuente: Software Atlas. Ti

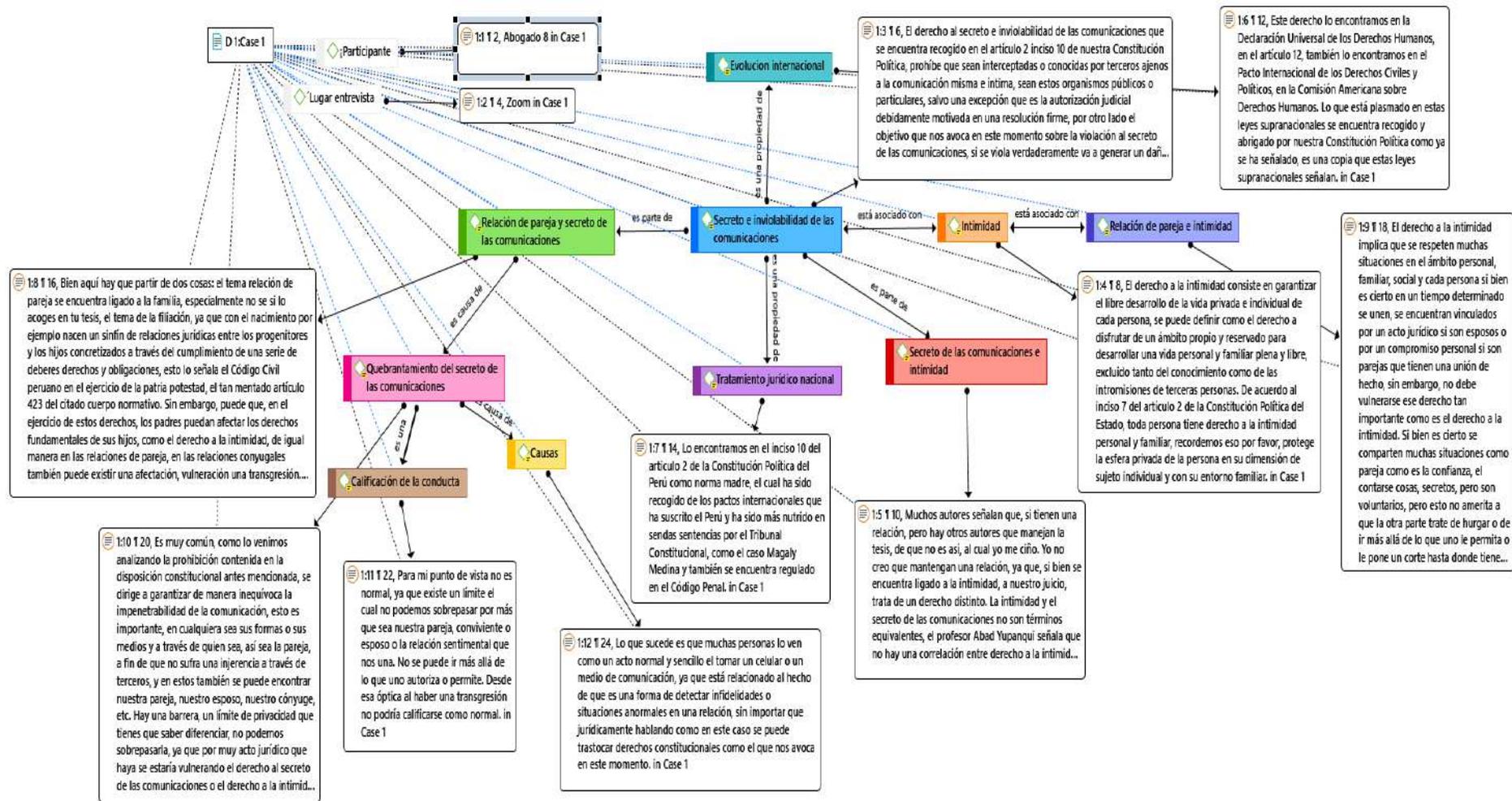


Figura 19. Red semántica entrevista abogado 8. Fuente: Software Atlas. Ti

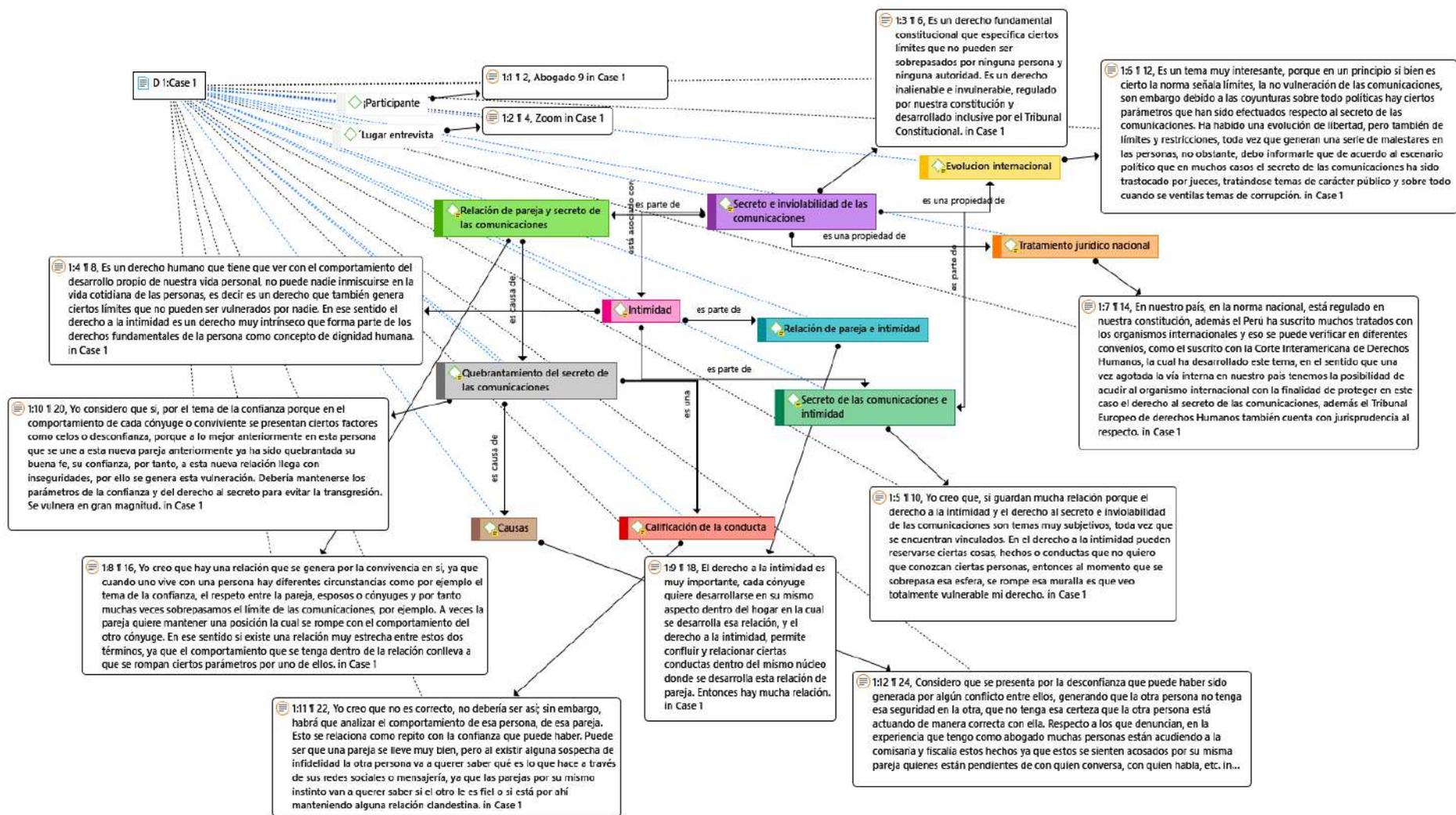


Figura 20. Red semántica entrevista abogado 9. Fuente: Software Atlas. Ti

4.1.3 Análisis resoluciones judiciales

Asimismo, otra parte de los resultados conseguidos con la presente investigación se han establecido conforme al programa Atlas. Ti, donde se ingresaron las cifras obtenidas de las resoluciones judiciales sobre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad, realizadas conforme al instrumento elaborado.

El análisis de contenido de las diez resoluciones judiciales fue dividido en tema, el cual hace alusión a los derechos fundamentales objeto de la resolución; caso relacionado a la identificación de la parte accionante y fundamento relevante, referido al aspecto teórico más resaltante del tema estudiado; todo ello con el propósito de resolver los cuestionamientos trazados en la validación del instrumento.

El objetivo que tuvo la presente investigación fue describir la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021). Para tal objetivo realizamos el siguiente análisis:

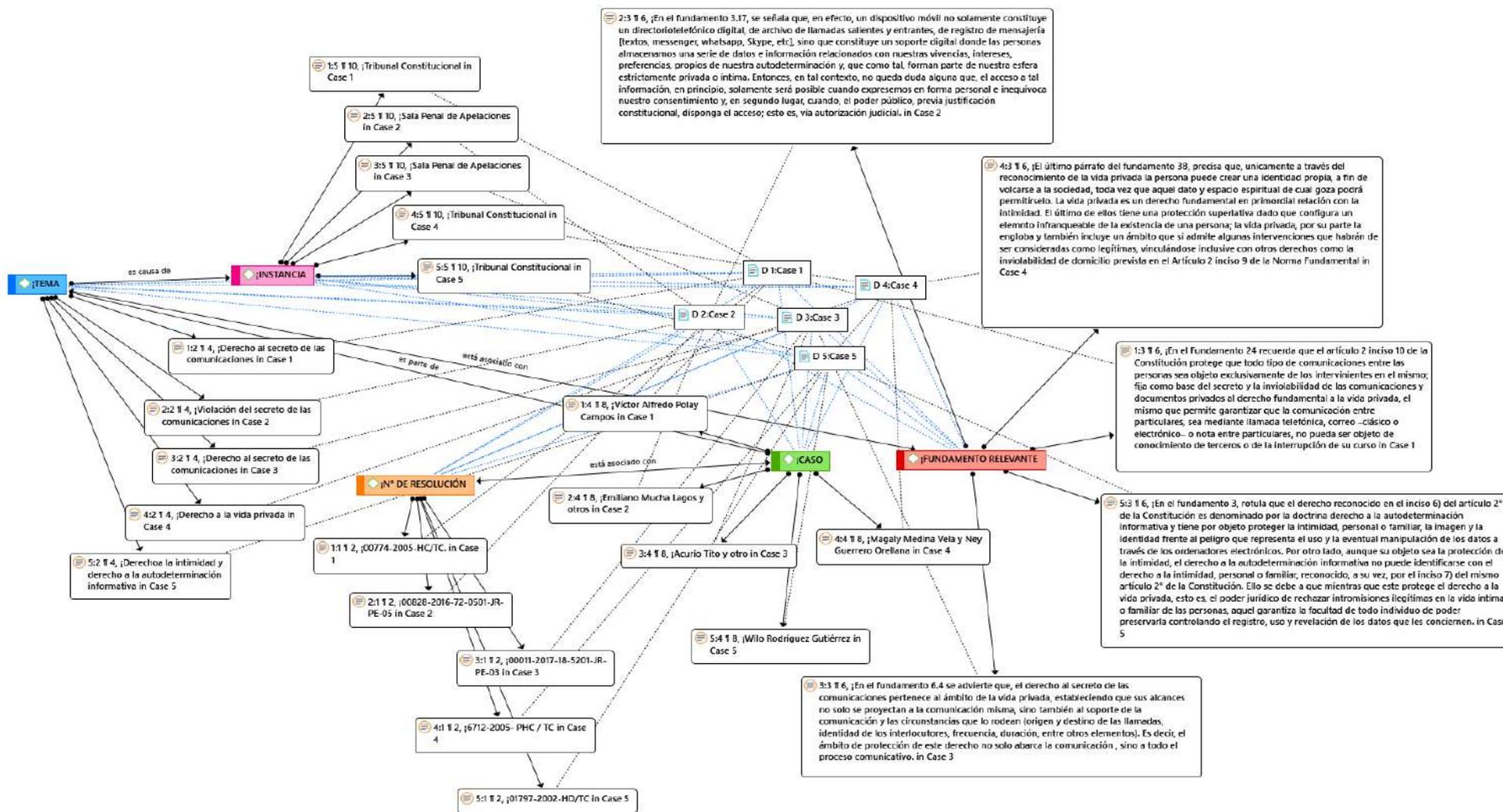


Figura 21. Red semántica resoluciones judiciales parte 1. Fuente: Software Atlas. Ti

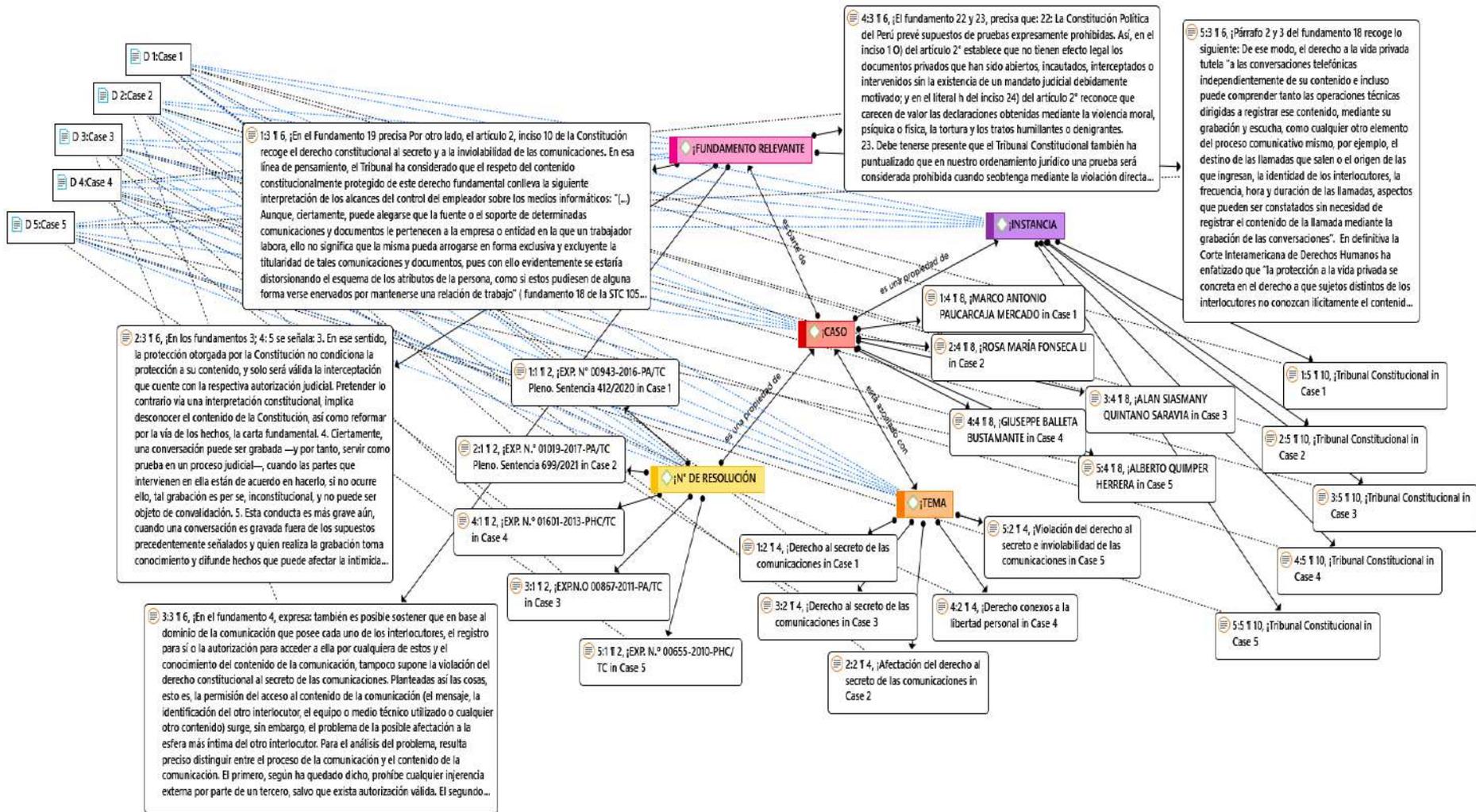


Figura 22. Red semántica resoluciones judiciales parte 2. Fuente: Software Atlas. Ti

4.2 Resultados del primer objetivo

El objetivo principal de la investigación fue describir la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021).

Al respecto, en las figuras 1, 2 y 3, los jueces coincidieron en señalar que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es considerado como un derecho fundamental, el cual se encuentra reconocido en la Constitución Política del Perú, y desarrollado además en otros cuerpos normativos, como el Código Penal, Civil y en algunas normas especiales. Precisaron también que no es un derecho absoluto, ya que tiene sus limitaciones; es decir, se puede levantar el secreto de las comunicaciones mediante una orden judicial debidamente motivada y observando las garantías contenidas en la ley. Por otro lado, en relación con el rol protector y garantista del derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, consideraron que debería haber una mayor difusión del contenido de estos derechos constitucionales, y que debería incluso desarrollarse una legislación penal más avanzada en aras de protegerlos de manera eficaz, ya que, con el progreso de las tecnologías de la información, aumentan las formas de vulneración de estos derechos.

Aunado a lo anterior, en las figuras 4, 5 y 6, los fiscales señalaron que no es muy común que las parejas denuncien el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones, sin embargo, en su gran mayoría, cuando denuncian casos de violencia psicológica o física, dentro de sus declaraciones manifiestas que dichas agresiones se deben a que sus parejas encontraron en sus celulares información que no fue de su agrado. Asimismo, fueron uniformes en considerar que, con la aparición de redes sociales, la transgresión del secreto de las comunicaciones dentro de las parejas ha sufrido un incremento.

De las figuras 16 y 17, se comprobó que el acceso a la información protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en principio, solamente es posible

cuando los intervinientes de la misma en forma personal e inequívoca expresen su consentimiento y, en segundo lugar, cuando, el poder público, previa justificación constitucional, disponga el acceso; esto es, vía autorización judicial.

4.3 Resultados del Segundo Objetivo

El segundo objetivo de la presente investigación fue estudiar el desarrollo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano, Perú (2021).

En ese sentido, en las figuras 7, 8, 9, 10, 11, 12,13,14 y 15, los abogados revelaron que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones ha tenido un desarrollo normativo tanto en el plano nacional como internacional; a nivel internacional lo encontramos recogido en los diferentes instrumentos jurídicos recogidos por el derecho internacional en los cuales confluye el Perú y a nivel interno, su evolución ha venido dándose conforme al desarrollo tecnológico de las formas y herramientas de comunicación, sin embargo, indican que la legislación penal respecto a la transgresión del derecho al secreto de las comunicaciones, comparado con la situación actual, resulta muy tenue para castigar su transgresión de manera efectiva, lo que ha dado lugar a que la transgresión de este derecho dentro de las parejas sea visto como normal, en otras palabras, no se respeta.

4.4 Resultados del Tercer Objetivo

El tercer objetivo de la investigación fue definir el aspecto jurídico-social del término “relación de pareja”, Perú (2021).

Sobre lo anterior, en las figuras 1, 2 y 3, los jueces opinaron que resultaría interesante la incorporación del agravante relación de pareja en el injusto de violación de la

correspondencia, en razón de que su comisión implicaría un abuso de confianza por parte del sujeto activo, y que además lo que se buscaría proteger en sentido amplio sería la institución de la familia; y que además debería considerarse la experiencia que se viene dando con la incorporación de agravante de relación de pareja dentro del delito de difusión de imágenes y videos íntimos.

En las figuras 7, 8, 9, 10, 11, 12,13,14 y 15, los abogados precisaron que el término *relación de pareja* consta de dos personas, las cuales comparten infinidad de aspectos y situaciones, inclusive algunos aspectos de la intimidad, no obstante, existen parcelas de la vida privada que no necesariamente deben compartirse entre ellas, es decir, debe mantener intacto un ámbito de reserva individual, incluso de soledad y que es parte de la pareja tener un espacio propio y respetarlo. Acotaron que actualmente la actitud de revisar el móvil entre las parejas se ha transformado en una práctica muy habitual y llega a traspasar otros derechos como la libertad. Atribuyen que el hecho de cometer y tolerar estas conductas dentro de la pareja, surge de la evolución cultural y sobre todo de hábitos, ya que influyen diversos motivos personales como celos, desconfianza, inseguridades, entre otros, lo que puede ya estar tratándose de un tema educacional y de salud mental.

4.5 Resultados del Cuarto Objetivo

El cuarto objetivo es identificar la relación entre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad.

Al respecto, de la figuras 16 y 17, se logró apreciar que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se relaciona con el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad y el derecho a la vida privada, advirtiéndose que el primero de estos protege que toda manifestación de comunicación entre los individuos sea objeto únicamente de los intervinientes

en la misma, siendo que también protege al medio que soporta la comunicación y a las situaciones que lo rodean. El derecho a la intimidad, por otro lado, tiene una protección preeminente debido a que significa un elemento infranqueable de la existencia de una persona.

Asimismo, se aprecia de dichas Figuras una de las principales diferencias que hace el Tribunal Constitucional respecto a la transgresión de ambos derechos, para ello señala que para determinar qué derecho es el que se ha vulnerado, resulta necesario diferenciar entre el proceso y el contenido de la comunicación. El primero impide cualquier injerencia exterior por parte de un tercero, con la salvedad de que concurra una autorización legítima. En segundo, no encomienda el control ni la confidencialidad del contenido de las comunicaciones, y por tanto es meramente el hecho de la recepción o participación en las comunicaciones, y sólo si el contenido de las comunicaciones se difunde o reenvía a un tercero, se supone que puede implicar. En algunos casos, viola la privacidad de las personas o familias, pero no el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones.

4.6 Discusión de los Resultados

4.6.1 Discusión de los resultados del primer objetivo

El supuesto general de la investigación es que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja no se aplica de manera adecuada. Sobre ello, de las figuras 1, 2 y 3, referidas a las entrevistas aplicadas a los jueces, se obtuvo que debería desarrollarse una legislación penal más avanzada en aras de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones de manera eficaz, ya que, con el avance de las tecnologías de la información, aumentan aún más las formas de vulneración del referido derecho.

Por otro lado, en las figuras 4, 5 y 6, referidas a las entrevistas aplicadas a los fiscales, resultó que no es muy común que las parejas denuncien violación del secreto de las

comunicaciones, sin embargo, en su gran mayoría, cuando denuncian casos de violencia psicológica o física dentro de sus declaraciones manifiestas que dichas agresiones se deben a que sus parejas encontraron en sus celulares información que no fue de su agrado.

Lo anterior coincide con lo sugerido por Álvarez Valenzuela (2018), quien considera que las comunicaciones que se expresan a través de redes sociales y la insuficiente jurisprudencia existente no ha logrado resolver apropiadamente los inconvenientes que se le han trazado y, a partir de exámenes formalistas, ha imposibilitado la debida defensa que estas nuevas formas de comunicación ameritan.

Asimismo, los resultados también apuntan en lo concluido por Ocón García (2020), quien sostiene que la obligación de contribuir a la eficacia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, derivada de su dimensión objetiva, exige de los poderes públicos la protección de su contenido jurídico-objetivo en la vida social.

Producto de lo anterior, resulta que, efectivamente en el Perú durante el 2021, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja no se aplicó de manera adecuada, en razón de que su vulneración dentro de la esfera de la pareja se ha convertido en una práctica normal, pese a constituir un ilícito penal, contenido en el artículo 161 del Código Penal.

4.6.2 Discusión de los resultados del segundo objetivo

El segundo objetivo de la presente investigación fue estudiar el desarrollo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano, Perú (2021). En tal sentido, las figuras 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, referentes a las entrevistas aplicadas a los abogados, mostraron que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones ha tenido un desarrollo normativo tanto en el plano nacional como

internacional. En el caso peruano, su evolución ha venido dándose conforme al desarrollo tecnológico de las formas y herramientas de comunicación, sin embargo, indican que la legislación penal respecto a la transgresión del derecho al secreto de las comunicaciones, comparado con la situación actual, resulta muy tenue para proteger su contenido de manera efectiva, lo que ha dado lugar a que la transgresión de este derecho dentro de las parejas sea visto como normal, en otras palabras, no se respeta.

Lo anterior se condice con lo referido en las bases teóricas, donde se señaló que el derecho al secreto de las comunicaciones no se funda en el contenido en que la comunicación tenga, sino el carácter de reservado que le dé el titular. Además, concuerda con lo indicado por Abad (2012), indica que, no importa qué información se envíe, y no importa cuál sea el secreto. En otras palabras, este derecho se aplica a cualquier comunicación que tenga autonomía sobre su contenido. Por eso podemos hablar de garantías oficiales.

En ese orden de ideas, resulta que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho fundamental registrado en los distintos dispositivos jurídicos del derecho internacional de los cuales el Perú es parte, además a nivel interno está protegido en el inciso 10 artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el mismo que encuentra sus límites, los mismos que de la misma forma se encuentran señalados por la Ley. Por consiguiente, la protección de este derecho solo puede ser levantada por orden expresa del juez y mediante una resolución debidamente motivada, teniendo en cuenta las garantías determinadas en la ley. Por otro lado, en el artículo 161 del Código Penal se tipifica el delito de violación de la correspondencia, el mismo que dispone una pena privativa de libertad de 2 años y con 60 a 90 días multa.

4.6.3 Discusión de los resultados del tercer objetivo

El tercer objetivo de la investigación fue definir el aspecto jurídico-social del término *relación de pareja*, Perú (2021).

En relación con ello, en las figuras 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, referidas a las entrevistas aplicadas a los abogados se obtuvo que actualmente la actitud de revisar el móvil entre las parejas, se ha transformado en una práctica muy habitual y llega a traspasar otros derechos como la libertad. Atribuyen que el hecho de cometer y tolerar estas conductas dentro de la pareja, surge de la evolución cultural y sobre todo de hábitos, ya que influyen diversos motivos personales como celos, desconfianza, inseguridades, entre otros.

Lo anterior coincide con lo anotado en las bases teóricas referido a que dentro de las relaciones de pareja estos lleguen al extremo de quebrantar los derechos del otro, los cuales están referidos a su intimidad y secreto de las comunicaciones. Ello por motivos de que sienten necesidad de controlar las acciones de su pareja y mantenerse al tanto de lo que esta haga y deje de hacer con terceros. Esta actitud es grave, ya que constituye infracciones que se encuentran plasmadas en el Código Penal. Asimismo, guarda relación con lo indicado por Carmona & Vigil (2015).

El derecho a la intimidad, desde la perspectiva normativa, no ha evolucionado; pero, en los últimos tiempos, las relaciones intersubjetivas donde se protege el referido derecho han cambiado esencialmente las relaciones en las que se sustenta, y, de forma muy especial, en las relaciones de la familia, lo que debería conllevar a instituir nuevas doctrinas sobre el derecho a la intimidad, formando principios o reglas que involucren una adecuada protección de este derecho.

En conclusión, el término *relación de pareja*, en el aspecto social, hace referencia a la unión de dos personas que configura un parentesco por afinidad, involucrándose dentro del concepto el matrimonio, el concubinato y el noviazgo. Por otro lado, en el aspecto jurídico, en la legislación peruana en derecho penal, el término es usado como agravante en el delito de difusión de imágenes y videos íntimos.

4.6.4 Discusión de los resultados del cuarto objetivo

El cuarto objetivo es identificar la relación entre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad.

Al respecto, en las figuras 16 y 17, los derechos de confidencialidad y no violación de las comunicaciones están relacionados con los derechos de privacidad, los derechos de privacidad y la libertad, advirtiéndose que el primero de ellos sostiene que todas las formas de comunicación humana son simplemente obra de las partes involucradas, ya que también protegen el medio de comunicación y las circunstancias que lo protegen, y el derecho a la vida privada. Por otro lado, tiene un resguardo preeminente debido a que significa un elemento invencible de la existencia de un ser humano, también se logró identificar que el Tribunal Constitucional sostiene que dependiendo de los hechos en concreto puede converger la transgresión de uno o de ambos derechos, por lo cual consideramos que el análisis discrecional que haga el juez al resolver este tipo de casos es imprescindible para garantizar su protección.

Lo anterior concuerda con lo expresado en las bases teóricas: Generalmente se proporciona privacidad para las comunicaciones. Esto se debe a que se reflejan los aspectos relevantes del espacio reservado por una persona y no hay razón para justificar la curiosidad de un tercero. Por ello, no sólo la constitución política del país, sino también las leyes penales y civiles deben excluir de la intrusión y la fotografía las comunicaciones, la prensa, las

grabaciones, los telegramas, las llamadas telefónicas, los correos electrónicos, etc. En particular, su divulgación (Gaceta Jurídica-Congreso de la República, 2015).

En conclusión, existe una relación directamente proporcional entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, los cuales, a su vez, se corresponden con otros derechos como el derecho a la dignidad, el derecho a la libertad y el derecho a la vida privada. Sin embargo, respecto a su transgresión en un hecho en concreto puede darse la vulneración de ambos derechos o solamente uno de ellos.

En ese orden de ideas, dentro de una relación de pareja, al vulnerarse el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, se está atentando también al derecho a la intimidad, debido a que, en el Perú, la regulación de esta conducta es muy genérica, es decir, el tratamiento jurídico que se le ha otorgado al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones no ha evolucionado positivamente y acorde a los cambios tecnológicos y sociales.

Conclusiones

1. En el Perú durante el 2021, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja no se aplicó de manera adecuada, en razón de que su vulneración dentro de la esfera de la pareja se ha convertido en una práctica normal, pese a constituir un injusto penal contemplado en el artículo 161 del Código Penal.
2. El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho fundamental registrado en los distintos dispositivos jurídicos del derecho internacional de los cuales el Perú es parte. Además, a nivel interno está protegido en el inciso 10 artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el mismo que encuentra sus límites, los mismos que de la misma forma se encuentran establecidos por la ley. La protección de este derecho solo puede ser levantada por orden expresa del juez y a través de una resolución debidamente motivada, teniendo en cuenta las garantías establecidas en la ley. Por otro lado, en el artículo 161 del Código Penal, se tipifica el delito de violación de la correspondencia, el mismo que señala una pena privativa de libertad de 2 años y con 60 a 90 días multa.
3. El término *relación de pareja*, en el aspecto social, hace referencia a la unión de dos personas que configura un parentesco por afinidad, involucrándose dentro del concepto el matrimonio, el concubinato y el noviazgo. Por otro lado, en el aspecto jurídico, en la legislación peruana, en derecho penal el término es usado como agravante en el delito de difusión de imágenes y videos íntimos.

4. Existe una estrecha relación entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, los cuales se relacionan con otros derechos como el derecho a la libertad, el derecho a la vida privada y el derecho a la dignidad.
5. Dentro de una relación de pareja, al vulnerarse el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, se podría estar atentando según cada situación, también al derecho a la intimidad.
6. La actitud de revisar el móvil entre las parejas, se ha transformado en una práctica muy habitual y llega a traspasar otros derechos como la libertad, pues el hecho de cometer y tolerar estas conductas dentro de la pareja, surge de la evolución cultural y sobre todo de hábitos, ya que influyen diversos motivos personales como celos, desconfianza, inseguridades, entre otros.

Recomendaciones

1. Corresponde realizar en el Perú, una mayor difusión, especialmente en las parejas, acerca del contenido y la regulación jurídica del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.
2. El tratamiento jurídico del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el Perú debería desarrollarse conforme a la evolución cultural, y de acuerdo con las nuevas tecnologías de la comunicación.
3. Se sugiere a futuros investigadores analizar el contenido del artículo 161 del Código Penal, referido a la violación de la correspondencia con énfasis en la relación de pareja.
4. Los operadores de justicia, al momento de analizar un caso de violación del secreto de las comunicaciones, deberían verificar si esa transgresión ha sobrepasado los límites del derecho a la intimidad, la vida privada, la libertad o la dignidad, a efectos de velar por una correcta administración de justicia.

Referencias

- Abad, S. (2012). El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances límites y desarrollo jurisprudencial. *Pensamiento Constitucional*, 16(16),11-29.
- Achulli, M. (2011). El secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, y la prueba prohibida en la protección de datos personales. *Revista Jurídica del Perú*, 126,133-134.
- Agencia EFE. (16 de diciembre de 2019). *Efe.com*.
<https://www.efe.com/efe/america/sociedad/el-machistometro-juego-para-salvar-mujeres-de-una-relacion-violenta/20000013-4133717>
- Ártigas, w., & Robles, M. (2010). Metodología de la investigación: una discusión necesaria en universidades zulianas. *Revista digital universitaria*, 11(17), 3-17.
- Bramont-Arias, L. (1994). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Lima: San Marcos.
- Calla, J. S., & Calla, G. J. (2019). *¿Cómo se hace una tesis - APA?* Lima: Editores Aylan Kurdi.
- Cárdenas, J. (2019). El delito de la iniuria y el derecho a la intimidad en el derecho romano justinianeo. *Actualidad Civil*, 27,91-103.
- Díaz, F. (2006). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En *Derecho PUCP*, 59, 159-175.
- Diccionario de la lengua española. (s.f.). *Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española*. <<https://dle.rae.es>>
- Diccionario Filosófico. (s.f.). *Filosofía en español*. Filosofía.org:
<http://www.filosofia.org/filomat/df278.htm>
- Encabo, M. Á. (2012). *Derechos de la personalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Gaceta Jurídica-Congreso de la República. (2015). *La constitución comentada, Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Gallardo E. E. (2017). *Metodología de la investigación. Manual autoformativo interactivo* (Primera ed.). Huancayo: Universidad Continental.
- Gálvez, W. S., & Maquera, L. Á. (2020). *Diccionario Jurídico Español - Quechua - Aymara* (1° ed.). Lima, Perú: Zela Grupo Editorial E.I.R.L.
- García, J. (2002). La estructura de la pareja: Implicaciones para la terapia cognitivo conductual. *Clínica y Salud*, 13(1), 89-125.

- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta ed.). México D.F: Mcgraw-Hill / Interamericana Editores, S.A. DE C.V.
- La República. (28 de mayo de 2021). *La República.pe*.
<https://larepublica.pe/sociedad/2021/05/28/inei-el-548-de-mujeres-sufrio-violencia-psicologica-verbal-o-sexual/>
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el ius positivismo. *Revista Andamios*, 1(2), 123-148
- Palacios, L. (2011). La persona humana. *Revista de Información Cívica y de Acción Cultural, según el derecho natural y cristiano*, 495-496, 400-420.
- Pérez, J., & Gardey, A. (2014). *Definición.de*. <https://definicion.de/relacion-de-pareja/>
- Rios, C. (2016). *Guia para la realización de trabajos de investigación*. Huancayo: Universidad Continental.
- Sanchez , H., Reyes , C., & Mejía, K. (2018). *Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- Sartre, J. (1946). *El ser y la nada*, 3 vols. Buenos Aires: Iberoamericana.
- Tecnósfera. (13 de febrero de 2018). *Eltiempo.com*.
<https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/estudio-de-kaspersky-muestra-que-espiar-el-celular-es-tendencia-en-las-relaciones-de-pareja-182064>
- Zelada, C., & Bertoni, E. (2013). Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Forseti. Revista de Derecho*, 1(1), 123-146. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v1i1.1195>

Anexo A: Matriz de consistencia

Título preliminar			
Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú - 2021.			
Problema (preguntas de investigación)		Objetivos de la investigación	
1. ¿Cómo se aplica el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021)?	1. Describir la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021).		
2. ¿Cómo se desarrolla el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano, Perú (2021)?	2. Estudiar el desarrollo del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano, Perú (2021).		
3. ¿Cuál es el aspecto jurídico-social del término “relación de pareja”, Perú (2021)?	3. Definir el aspecto jurídico-social del término “relación de pareja”, Perú (2021).		
4. ¿Cuál es la relación entre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad?	4. Identificar la relación entre derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y derecho a la intimidad.		
Diseño metodológico			
Tipos de documentos	Criterios de selección de documentos	Técnicas de recojo de información	Instrumentos para recoger información
Libros Revistas	Muestra por conveniencia	Entrevista	Cuestionario con preguntas abiertas
Objetivos	Categorías o temas preliminares	Subcategorías preliminares	
Teoría fundamentada	Aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja	<ul style="list-style-type: none"> - Tratamiento jurídico - Situación Social - Derecho a la intimidad 	
Bibliografía de sustento para la justificación y delimitación del problema (en formato APA)		Bibliografía de sustento usada para el diseño metodológico (en formato APA)	

Generalmente se puede decir, que este derecho proscribe intrusiones no permitidas en las comunicaciones, entendiéndose, por ejemplo, el mensaje expuesto por un emisor a un receptor, utilizando distintos medios que sirvan para tal fin, como las tradicionales cartas, las llamadas telefónicas, el correo electrónico, y los medios mecánicos o tecnológicos disponibles o posibles de utilizar, también la información que contenga datos íntimos o sensibles (Achulli, 2011, p. 133).

Calla & Calla (2019) han determinado lo siguiente:

El método inductivo fenomenológico: es el contrario u opuesto al deductivo, y por ende marcha desde lo más particular hacia lo más general. Es decir, se emplea la observación, registro y contraste de la información, para construir premisas generales que puedan servirles de sustento o de explicación. De una parte, a un todo (p. 121).

Anexo B: Instrumento 1

Guía de entrevista: cuestionario con preguntas abiertas juez

Distinguido abogado, a través del presente le expreso mis saludos cordiales y a la vez me permito felicitarlo por su honorable labor como letrado que desempeña en vuestra ciudad. El presente cuestionario con preguntas abiertas, es para elaborar mi tesis a efectos de optar el título de abogado. Mi trabajo de investigación se denomina:

“Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021)”;

la misma que tiene por finalidad, recabar conocimiento teórico con relación al problema planteado. Por tal motivo, solicito vuestra total sinceridad por parte de su persona.

1. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
2. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho a la intimidad?
3. ¿Cree Ud. que estos derechos se relacionan? ¿Por qué?
4. ¿Cuál cree que ha sido la evolución que ha tenido el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones a nivel de los sistemas jurídicos que lo recogen?
5. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que el Perú ha adoptado respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
6. ¿Cree que tal como están regulados, cumple con el rol protector y garantista por parte del Estado, o necesitan alguna modificación? Sí, no ¿Por qué?
7. ¿Cree Ud. que debería incorporarse como circunstancia agravante, la situación especial del agente (relación de pareja) al cometer los delitos contra la intimidad y secreto de las comunicaciones configurados en nuestro Código Penal? ¿Por qué?
8. ¿Considera que paralelo a la pena establecida en nuestro Código Penal por la comisión de los delitos contra la intimidad y secreto de las comunicaciones debería establecerse también la imposición de hacer terapias psicológicas especialmente a los agresores?
9. ¿Cuál es su opinión respecto al aspecto de la probanza en el delito de violación de correspondencia?
10. ¿Considera que aunado a la pena privativa de libertad por violación del secreto de las comunicaciones sería factible adicionar una indemnización por daño moral?

Anexo C: Instrumento 2

Guía de entrevista: cuestionario con preguntas abiertas fiscal

Distinguido abogado, a través del presente le expreso mis saludos cordiales y a la vez me permito felicitarlo por su honorable labor como letrado que desempeña en vuestra ciudad. El presente cuestionario con preguntas abiertas, es para elaborar mi tesis a efectos de optar el título de abogado. Mi trabajo de investigación se denomina:

“Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021)”;

la misma que tiene por finalidad, recabar conocimiento teórico con relación al problema planteado. Por tal motivo, solicito vuestra total sinceridad por parte de su persona.

1. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
2. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho a la intimidad?
3. ¿Cree Ud. que estos derechos se relacionan? ¿Por qué?
4. ¿Cuál cree que ha sido la evolución que ha tenido el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones a nivel de los sistemas jurídicos que lo recogen?
5. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que el Perú ha adoptado respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
6. ¿Con qué frecuencia se presentan denuncias de violación a la intimidad?
7. ¿Con qué frecuencia se presentan denuncias por violación al secreto de las comunicaciones?
8. ¿Son mayormente hombres o mujeres los que denuncian la comisión de estos delitos respectivamente?
9. En la investigación de estos delitos ¿Es más probable archivar o acusar?
10. ¿Considera que, con la aparición de redes sociales, la violación del secreto de las comunicaciones ha aumentado?

Anexo D: Instrumento 3

Guía de entrevista: cuestionario con preguntas abiertas: abogado

Distinguido abogado, a través del presente le expreso mis saludos cordiales y a la vez me permito felicitarlo por su honorable labor como letrado que desempeña en vuestra ciudad. El presente cuestionario con preguntas abiertas, es para elaborar mi tesis a efectos de optar el título de abogado. Mi trabajo de investigación se denomina:

“Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú (2021)””; la misma que tiene por finalidad, recabar conocimiento teórico con relación al problema planteado. Por tal motivo, solicito vuestra total sinceridad por parte de su persona.

1. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
2. En su opinión, ¿qué implica para usted el derecho a la intimidad?
3. ¿Cree Ud. que estos derechos se relacionan? ¿Por qué?
4. ¿Cuál cree que ha sido la evolución que ha tenido el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones a nivel de los sistemas jurídicos que lo recogen?
5. ¿Cuál es el tratamiento jurídico que el Perú ha adoptado respecto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
6. ¿Qué relación cree que existe entre el derecho al secreto de las comunicaciones y la relación de pareja?
7. ¿Qué relación cree que existe entre el derecho a la intimidad y la relación de pareja?
8. ¿Considera Ud. que dentro de las relaciones de pareja se quebranta el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones?
9. ¿Calificaría Ud. como normal la actitud de las parejas de espiarse, o revisar el celular u otro dispositivo en dónde tiene acceso a sus redes sociales?
10. ¿Cuáles cree Ud. que son las razones que colocan a las parejas, tanto al sujeto activo como pasivo en esa situación?

Anexo E: Modelo de consentimiento informado

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Propósito del estudio:

Lo estamos invitando a participar en un estudio científico con fines de realizar mi tesis denominada "Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú – 2021"; la cual será para obtener el título profesional de abogado. La investigación busca describir la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja, Perú, 2021. Para ello se entrevistará a jueces, fiscales y abogados especialistas en derecho penal y derecho constitucional o que hayan participado en procesos concernientes al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Este es un estudio que será desarrollado por la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

La determinación de la aplicación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación de pareja se realizará a través de preguntas que usted responderá con la mayor honestidad, usted podrá tomar el tiempo que sea necesario, se calcula un tiempo máximo de 30 min para responder, también puede parar con la entrevista en el momento que lo necesite.

Si decide participar en este estudio, se realizará lo siguiente:

1. Se aplicará una entrevista semi-estructurada para determinar cada objetivo
2. La entrevista se realizará por medio virtual en videollamada (meet) o vía telefónica (llamada)
3. La entrevista será grabada para su posterior transcripción

Riesgos: La aplicación del instrumento no demandará ningún riesgo para su salud o su trabajo.

Beneficios: Con el presente trabajo, no habrá beneficios económicos u otro semejante, ya que este trabajo es de índole informativa, por lo que se brindará información relevante sobre el tema.

Costos y compensación: No deberá pagar nada por participar en el estudio. Igualmente, no recibirá ningún incentivo económico ni de otra índole.

Confidencialidad: Nosotros guardaremos su información con códigos y no con nombres. Si los resultados de este seguimiento son publicados, no se mostrará ninguna información que permita la identificación de las personas que participaron en este estudio.

Derechos del participante: Si decide participar en el estudio, puede retirarse de este en cualquier momento, o no participar en una parte del estudio sin que ello ocasione ningún perjuicio para usted.

Para cualquier duda, puede comunicarse con la investigadora.

Contacto del investigador:

Para cualquier consulta relacionada con el presente estudio contáctese con:

Bach. Lourdes Misshel Ambulay Alvarado
Cel: 973202772
Email: 73179913@continental.edu.pe

Firma del Participante

Anexo F: Resoluciones judiciales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8

EXP. N.º 0774-2005-HC/TC
LIMA
VÍCTOR ALFREDO POLAY CAMPOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de marzo de 2005, el Tribunal Constitucional, reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Hernán Quirós Urteaga, contra la sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 101, su fecha 5 de octubre del 2004, que, revocando la apelada declara infundado la acción de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 21 de junio del 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus de naturaleza correctiva a favor de su patrocinado, Víctor Alfredo Polay Campos, la que dirige contra el Ministro de Defensa, Gral. E.P. Roberto Chiabra León, y contra el Jefe del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, don Alberto Lozada Frias, por atentar contra su libertad individual, y vulneración de sus derechos de defensa; visita familiar, y de rehabilitación y readaptación del procesado, mediante la imposición de locutorios celulares y la censura de sus documentos de defensa, por lo que solicita que se declaren sin efecto e inexistentes los Decretos Supremos N.º 024-2001-JUS y N.º 02-2004-JUS.

Solicita, asimismo, que se declare inaplicable a su patrocinado el artículo 24º del Decreto Supremo N.º 024-2004-JUS, en cuanto dispone que todas las visitas indicadas en los artículos 16º, 22º y 23º del Reglamento de Reclusión se llevarán a cabo en locutorios acondicionados para tal fin. Finalmente, solicita que no se intervenga o grabe la entrevista directa de su patrocinado con sus familiares y demás visitas, incluyendo a su abogado defensor, ni se censure documentos de su defensa, afectando con ello el secreto y la confidencialidad que constituyen fundamentos de tal derecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Afirma que su defendido se encuentra internado en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval; que fue irregularmente juzgado por un tribunal conformado por integrantes ocultos y sin rostro, que llegó al extremo de sentenciarlo a cadena perpetua, juzgamiento que fuera declarado nulo. Aduce que el Tribunal Constitucional expidió la sentencia N.º 010-2002-A1/TC, que declara la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto Ley N.º 25744 (en el que se sustenta el Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, que, al ser de menor jerarquía, deviene también en inconstitucional e inaplicable, como también resulta inconstitucional e inaplicable el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (CEREC) aprobado por dicha norma).

Explica que, no obstante haberse declarado la inconstitucionalidad del decreto ley mencionado, el Gobierno expidió el Decreto Supremo N.º 02-2004-JUS, que modifica el artículo 11º del Reglamento de Seguridad e incorpora el artículo 24º-A, que, arbitrariamente, dispone que todas las visitas indicadas se llevarán a cabo en locutorios acondicionados para tal fin, transgrediendo con ello no sólo el artículo 204º de la Constitución, sino también los derechos constitucionales invocados. Por esta razón, en la Causa Penal N.º 01-93, la Sala Nacional de Terrorismo, a solicitud de su defensa, dispuso la inutilización de los mencionados locutorios para las entrevistas que sostuviera el beneficiario con su abogado. Alega que, a pesar de ello, la restricción se mantiene vigente para las visitas que realiza su señora madre, exceso que constituye un tipo más de tortura y que ha acentuado la afección de su salud, a la par que lesiona su dignidad y atenta contra principios en los que se apoya la rehabilitación y resocialización del interno.

b. Declaración del demandado

Con fecha 23 de junio de 2004, en la investigación sumaria, el Jefe del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval aduce que se está dando cumplimiento a la resolución expedida por la Sala Nacional de Terrorismo, conforme lo acreditan las actas de visita firmadas por los abogados y por las imágenes del sistema de cámaras de seguridad. Finalmente, afirma que es falso el extremo afirmado que se graban las conversaciones de las personas que visitan al favorecido.

c. Sentencia del juez de primer grado

Con fecha 28 de junio del 2004, el juez del Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, declara fundada la demanda.

Para llegar a tal determinación, considera que se ha violado la libertad individual del favorecido, en el extremo de imposición de locutorios celulares para la visita de los familiares y otros, ya que existe una arbitraria restricción del derecho de visita familiar, sin existir una proporcionalidad entre la medida restrictiva y lo que se pretende proteger que es la seguridad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asimismo, declara inaplicable al demandante el artículo 24°-A del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, que dispone que las visitas de los familiares del demandante se llevarán a cabo en salas especiales para tal fin.

d. Apersonamiento y apelación por parte del Procurador Público Adjunto del Ministerio de Defensa

Con fecha 30 de septiembre del 2004, el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Defensa se apersona al proceso y apela la sentencia expedida, alegando que los decretos supremos cuestionados no son inconstitucionales y que no existe vulneración constitucional alguna, dado que el uso de los locutorios es acorde con lo previsto por el Código de Ejecución Penal y se encuentra reglamentando en caso de internos de alta peligrosidad, como es el caso del demandante.

e. Sentencia del juez de segundo grado

La recurrida revoca la apelada y, reformándola, la declara infundada por considerar que el proceso de hábeas corpus no es vía idónea para cuestionar la constitucionalidad de los decretos supremos invocados, y su aplicación o inaplicación a las visitas del favorecido deben ser resueltas extraproceso, o dentro del proceso penal instaurado en su contra, conforme lo dispone el Reglamento del Código de Ejecución Penal.

III. DATOS DEL PROCESO

A. Petitorio

El objeto del presente proceso de hábeas corpus es que se declaren sin efecto e inexistentes los Decretos Supremos N.º 024-2001-JUS y N.º 02-2004-JUS, e inaplicable al beneficiario el artículo 24° del Decreto Supremo N.º 024-2004-JUS, en el extremo que dispone que todas las visitas del favorecido se realicen en los locutorios acondicionados para tal fin.

Queda claro que el demandante alega el atentado a la libertad individual de su patrocinado, así como la vulneración de sus derechos de defensa; visita familiar, y de rehabilitación y readaptación, que la Constitución garantiza, mediante la imposición de locutorios celulares y la censura de sus documentos de defensa.

Finalmente, solicita que no se intervenga ni grabe la entrevista directa del favorecido con sus familiares y demás visitas, incluyendo a su abogado defensor.

B. Materias constitucionalmente relevantes

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

- ¿Es pertinente el uso del hábeas corpus para criticar la validez de decretos supremos?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ¿La aplicación e implementación de locutorios respeta los principios y valores constitucionales?
 - ¿Su establecimiento es una facultad estatal?
 - ¿Cómo se viabiliza su utilización en el CEREC?
- ¿Qué situaciones se pueden considerar controvertidas respecto a los locutorios en el CEREC?
 - ¿La aplicación y uso de locutorios para la recepción de las visitas de familiares y amigos lesiona los derechos del interno?
 - ¿El uso de locutorios para las entrevistas del interno con su abogado defensor afecta el secreto y la confidencialidad de su derecho de defensa?
 - ¿Se intervienen y/o graban las entrevistas que el favorecido sostiene y, de ser así, si al hacerlo se termina por lesionar su derecho al secreto de sus comunicaciones?
 - ¿Se ejerce censura sobre los documentos de defensa del favorecido?

C. Cuestión de procedibilidad

El Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, exige diversos requisitos de procedibilidad al momento de interponer la demanda, como es el haber agotado las vías dentro del proceso ordinario.

Tomando en consideración que tales requisitos no eran exigibles cuando se postuló el presente proceso, y que una interpretación distinta comportaría una opción restrictiva de derechos procesales, violatoria del artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú, este Colegiado considera pertinente que, en el caso de autos, la aplicación de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley N.º 23506, y demás modificatorias vigentes al momento de interponerse la demanda.

IV. FUNDAMENTOS

§1. La delimitación del uso del hábeas corpus

5. El proceso de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende también a la libertad de movimiento, a la libertad de tránsito y al derecho a la integridad personal. Su tutela se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados.

Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales atributos, o ante la lesión de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de privación o restricción del derecho a la libertad individual puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por la doctrina ha denominado como correctivo.

De ahí lo afirmado por este Tribunal en anterior oportunidad (sentencia del Expediente N.º 2663-2003-HC):

“(…) Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”.

Este criterio jurisprudencial fue recogido en el inciso 17) del artículo 25º del Código Procesal Constitucional.

6. Entonces, es válido plantear el proceso de hábeas corpus en defensa del derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento contrario a su dignidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena, procurando, de forma preventiva o reparadora, cesar tratos indebidos a personas detenidas legalmente.

Sin embargo, el proceso de hábeas corpus no puede ser utilizado para cuestionar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los Decretos Supremos vigentes, para cuyo efecto la Norma Fundamental ha previsto el proceso de acción popular, al disponer en el artículo 200º, inciso 5), que éste

“(…) procede contra los reglamentos, normas administrativas, y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.

La acción popular es uno de los procesos constitucionales orgánicos cuya finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa a la cual puede recurrir cualquier persona dentro de los cinco años posteriores a la publicación de la norma.

7. En este sentido, de considerar el demandante que los Decretos Supremos N.º 024-2001-JUS y N.º 02-2004-JUS contravienen la Constitución, puede hacer uso de su derecho con arreglo a ley mediante el proceso constitucional específico y será la sala respectiva del Poder Judicial la que se pronuncie sobre la procedencia o improcedencia, la existencia o inexistencia, así como sobre los efectos generados por los decretos cuestionados, siendo su pronunciamiento de carácter *erga omnes*.

Por consiguiente, se declara improcedente este extremo del petitorio. En consecuencia, será materia de análisis constitucional el caso específico del beneficiario; esto es, si la aplicación e implementación de los locutorios vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.

§2. La validez de la existencia de locutorios celulares

- i. La implementación de locutorios celulares como medida reservada al Estado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. La base de cualquier análisis al respecto debe comenzar explicando el sentido del artículo 139°, inciso 21), de la Norma Constitucional, según la cual se garantiza “(...) el derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos adecuados”.

Este principio también es recogido por el artículo 105° del Código de Ejecución Penal, al establecer que

“(...) los Establecimientos Penitenciarios cuentan con los servicios necesarios, incluyendo ambientes para enfermería, escuela, biblioteca, talleres, instalaciones deportivas y recreativas, locutorios y salas anexas para relaciones familiares y todo aquello que permita desarrollar a los internos una vida en colectividad organizada y una adecuada clasificación en relación con los fines que, en cada caso, les están atribuidos”.

Es decir, en la normatividad nacional se ha establecido la posibilidad del uso de locutorios en los establecimientos penitenciarios, pero no señala los supuestos en los que estos deben ser implementados.

9. El uso de los locutorios celulares, como medida restrictiva, se encuentra relacionada directamente con criterios de seguridad. Cuando media una razón de este tipo, el uso de locutorios puede estar permitido en un establecimiento.

Es importante, por tanto, resaltar su trascendencia en virtud de la obligación circunscrita al Estado, gracias por el artículo 44° de la Constitución, que le asigna como deber primordial proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y de promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Es así como los locutorios que existen en el país cumplen un propósito primordial dentro del sistema penitenciario, tal como en otros países democráticos sucede.

La implementación de los locutorios es una medida que limita –no elimina– el contacto directo entre el interno y la visita, y su aplicación está relacionada directamente con criterios de seguridad, toda vez que con dicho mecanismo se impide la transmisión de documentos u objetos, que de alguna manera pueden poner en riesgo bienes constitucionales colectivos, tales como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, entre otros, a los cuales la sociedad en su conjunto tiene derecho.

En torno a ello, este Colegiado debe recordar que, si bien es menester la tutela de los derechos del justiciable, también lo es deber de la administración preservar el orden público, tanto más si, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 163° de la Norma Suprema, es deber del Estado garantizar la seguridad de la Nación y la defensa nacional, de modo integral y permanente, en sus ámbitos interno y externo. En el ámbito interno, que es el que nos ocupa, resulta primordial la tutela de la defensa nacional, que es interés general, a la que toda persona, natural o jurídica, está obligada a colaborar por mandato expreso contenido en el numeral acotado, más aún si el país ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

atravesado dramáticas épocas de violencia terrorista, como hoy de inseguridad ciudadana. En consecuencia, la utilización de locutorios en el país respeta los principios y valores constitucionales que en materia de derechos humanos reconoce la Constitución.

10. Debe puntualizarse, por otra parte, que las normas internacionales en materia penitenciaria no contienen regulación clara sobre la materia, las mismas que pueden ser utilizadas en el caso concreto, sobre la base del enunciado normativo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En este sentido, la Resolución N.º 663C XXIV-ONU, que contiene las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, y la Resolución N.º 43/173.ONU, que reúne el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, no censuran ni prohíben la utilización de locutorios.

En tal sentido, la aplicación e implementación de locutorios como medida de seguridad penitenciaria, destinada a resguardar la seguridad y orden público, puede ser considerada como una limitación prevista en un Estado constitucional de derecho, siendo menester buscar la razonabilidad de su utilización.

ii. Los locutorios celulares en el CEREC

11. El Decreto Supremo N.º 002-2004-JUS, que se cuestiona, adiciona el artículo 24º-A al Reglamento del CEREC, disponiendo que:

“Todas las visitas indicadas en los artículos 16º, 22º y 23º se llevarán cabo en los locutorios especialmente acondicionados para tal fin”.

Los artículos mencionados *supra* regulan la visita familiar de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (artículo 16º), la visita especial (artículo 22º) y la visita del abogado (artículo 23º).

Esta nueva normatividad sobre la materia permite que el demandante llegue a alegar lo siguiente:

“(…) la imposición de locutorios celulares para la visita de los familiares y otros, constituye una arbitraria restricción a su derecho de visita familiar, por que no existe proporcionalidad entre la medida restrictiva y la seguridad que se pretende proteger”

Por tal motivo, corresponde analizar, *prima facie*, la pertinencia de la existencia de los locutorios en el CEREC.

12. Este Tribunal considera que en la aplicación y uso de locutorios se deben respetar criterios mínimos relacionados con principios y valores constitucionales, como pueden ser el valor justicia, el principio de legalidad, y el test de proporcionalidad, lo que debe caracterizar a toda medida restrictiva. Todo ello habrá de ser analizado en el caso concreto del CEREC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En tanto el locutorio se relaciona con criterios de seguridad; los supuestos deben guardar proporcionalidad con esta medida de seguridad; de ahí que una aplicación injustificada e indeterminada a todos los internos de un establecimiento penitenciario puede terminar por lesionar algunos de sus derechos.

13. También refiriéndose a la misma cuestión, la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial sobre Locutorios del Centro de Reclusión Especial de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, sostiene que

“(…) El uso de locutorios, –sin una reglamentación– colisiona con el valor justicia y afecta derechos de los internos(as)”.

Sin embargo, tal como ya se ha ido explicando, el CEREC sí cuenta con un reglamento que analiza los casos concretos en que se aplica a las personas privadas de libertad, pero, como también fue señalado, no puede ser aceptado a rajatabla, sino a través de un juicio de razonabilidad respecto a la forma en que está funcionando.

Entonces, el informe defensorial, si bien no vincula al Tribunal, sí contribuye a crear convicción sobre el hecho materia de controversia, debiéndose resaltar la convergencia del sentido con el citado informe.

14. Entonces, cuando se dicten medidas destinadas a la restricción o suspensión de derechos en las cuales deba examinarse la razonabilidad del acto restrictivo, deberá ponderarse, en el caso concreto, los derechos individuales del interno y los derechos o bienes constitucionales colectivos, así como la observancia de los principios de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad de la medida. Una lógica de este tipo debe aplicarse al CEREC.

Así, resulta necesario que al imponer esta medida de seguridad se fundamente su aplicación (principio de justificación), señalando las razones que explican su imposición, previa comprobación que su dictado resulte necesario para garantizar la seguridad penitenciaria. Asimismo, es imperioso que se señale la duración de la medida (principio de temporalidad) dado que ésta no puede ser aplicada de manera indeterminada, por lo que debe indicarse claramente su plazo de duración y la posibilidad de revisar periódicamente la imposición de esta medida de seguridad, entre otros.

Es evidente que la necesidad de la medida se relaciona con el hecho que el locutorio debe ser utilizado cuando otras medidas no puedan garantizar la citada seguridad penitenciaria. Por tal razón, a continuación analizaremos las cuestiones más relevantes por las cuales ha sido objeto de controversia el régimen de los locutorios en el CEREC.

§3. Aspectos controversiales respecto a los locutorios del CEREC

- i. Las visitas de los familiares, amistades y otras personas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15. El Tribunal Constitucional ha destacado, en reiterada jurisprudencia, la finalidad que la Constitución le asigna a la pena; de ahí la importancia que el régimen penitenciario cumpla su función de reinserir al penado a la sociedad.

Por ello, este Colegiado, en la sentencia del Expediente N.º 1429-2002-HC/TC, ha precisado que

(...) “la afectación del derecho a la visita familiar puede tener un impacto negativo en la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena”.

En este contexto, el demandante considera que

“(...) la implementación de locutorios celulares constituye un tipo más de tortura, que atenta contra su socialización y readaptación”.

Tras el pedido de información realizado por este Colegiado, el Capitán de Navío Luis de la Flor Rivero, Jefe del CEREC, a través del Oficio N.º G500-128, de marzo de este año (fojas 5 del Cuadernillo Especial del Recurso de Agravio Constitucional), ha señalado, respecto a si el interno Víctor Alfredo Polay Campos utiliza el locutorio para reunirse con familia y amigos, lo siguiente:

“Sí, el interno recibe a sus visitas familiares y especiales a través de los locutorios, tal como lo establece la Ley N.º 28420 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2005-JUS, de fecha 31 marzo 2005”.

Por tal razón, corresponde analizar si las nuevas condiciones en las que se está haciendo funcionar a los locutorios pervierte o atenta contra la función resocializadora o reeducadora de la pena, máxime si a través de tal privación de libertades no se puede llegar a aceptar la existencia de un régimen de tortura.

16. Sobre la base de la protección del derecho fundamental a la integridad, la salvaguardia ante la tortura debe ser plenamente aceptada. Por ello, en la Resolución N.º 3452, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de año 1975, la tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes; análoga línea de argumentación es reconocida por este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0726-2002-HC/TC. Por este motivo, no puede aceptarse ningún tipo de tortura en el cumplimiento de una pena.

En este orden de ideas, la afirmación del demandante en tal extremo resulta exagerada, máxime si el uso de locutorios para las visitas de familiares no constituye un acto de tortura infringido contra el interno, dado que no se relaciona con un trato cruel, ni degradante, ni mucho menos la agravación de éstos.

17. De hecho, el ser humano, al ser un ente eminentemente social, necesita de vínculos familiares o amicales para su tranquilidad espiritual y psíquica. De ahí la protección que la Norma Fundamental, eminentemente *pro hómine*, otorga en su artículo 4º a la familia, para reconocerla luego como la institución natural y fundamental de la sociedad. Pero toda institución, al igual que los derechos fundamentales de la persona, merece una limitación en el marco de la Norma Fundamental, siempre con el fin de respetar los principios generales que la guían y los valores que la orientan.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Así, el impedir el contacto físico con los familiares directos (padres e hijos) o con los amigos cercanos, podría significar una afectación al vínculo social al restringirse sus materializaciones afectivas; pero ello se ve justificado por la necesidad del Estado de concretar su *ius imperium*, a la luz de lo desarrollado en el artículo 44° de la Constitución.

Cualquier interpretación constitucional que se intente realizar no puede estar lejana de los condicionamientos fácticos necesarios para su validez. En el caso concreto del régimen penitenciario, se ha visto que en muchas oportunidades han sido los familiares y las amistades de las personas privadas de libertad las que han colaborado con éstas para la consecución de acciones delictivas estando en las cárceles o para una posible fuga. Con relación de la CEREC, la peligrosidad de los internos amerita una intervención de mayor cuidado que con otras personas que se hallan en la misma situación, dada su actuación como líderes de organizaciones terroristas como Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, entre otras.

Es irrazonable tratar de considerar que la instalación de locutorios implica contravenir la norma que requiere la existencia de establecimientos que se consideren adecuados (Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 21), pues no tiene relación alguna con ello. La adopción de medidas preventivas como las que se logran a través de los locutorios implican una vigilancia adecuada durante la realización de la visita, así como un control razonable en el momento del ingreso de familiares y amigos y su egreso al establecimiento penal.

18. En todo caso, el interno, por haber cometido el delito de terrorismo, no se está convirtiendo en una persona eliminada de la sociedad por tener un limitado contacto con sus familiares y amigos a través de un locutorio, sino que continúa formando parte de ella como miembro activo, con las únicas cortapisas que le puede imponer la ley. En consecuencia, el hecho que esté restringido su derecho a la libertad, no le impide el pleno goce y ejercicio de los demás atributos que le garantiza la Norma Fundamental, tal como se debe aceptar en el caso de los locutorios.

Las medidas impuestas no pueden considerarse como una lesión implícita de su derecho a mantener la unidad familiar, sino más bien una forma de restricción a su libertad constitucionalmente aceptada, en virtud de su situación y peligrosidad. Con los locutorios no es que se esté prohibiendo las visitas de los seres cercanos a las personas privadas de la libertad, sino que las visitas habrán de realizarse bajo ciertas condiciones que, a entender del Estado, son las adecuadas para que éstas puedan cumplir los objetivos de su pena.

Entonces, una reglamentación como la realizada ha sido dada en atención a una doble perspectiva: la primera, el derecho del interno a que se respeten sus derechos fundamentales; y la segunda, el derecho de la sociedad a la seguridad ciudadana y a la protección ante los ataques de los responsables de ilícitos penales, todo ello enmarcada perfectamente dentro del ámbito constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19. Por todo lo expuesto, la demanda debe ser declarada infundada en este extremo, por no haberse demostrado vulneración a derecho alguno.

Sin embargo, a entender de este Colegiado, es de esperarse que las medidas restrictivas a la libertad dentro de un Estado social y democrático de derecho estén plenamente justificadas, según los parámetros explicados *supra*, motivo por lo cual lo más conveniente es que tales limitaciones sean definidas y establecidas por el juzgador, todo ello con el fin de dar la mejor protección de los derechos fundamentales de las personas. Es así como se hace necesario que se realicen las coordinaciones respectivas entre los responsables del CEREC y los juzgadores de aquéllos que se encuentren recluidos en tal establecimiento penitenciario para que sean éstos últimos los que determinen cuándo, bajo qué circunstancias y cómo deban ser utilizados los locutorios.

ii. Las visitas del abogado defensor

20. El demandante alega que la aplicación de locutorios para la visita de su abogado defensor afecta el derecho de defensa del favorecido. Entonces, para determinar si existe o no una vulneración de este tipo, se debe comprender, ante todo, cómo ha de entenderse el derecho a la defensa, en el sentido de la comunicación con el defensor.

Conforme al inciso 14) del artículo 139° de la Constitución,

“(…) toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección”,

enunciado que es concordante con el inciso 2) del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos que, a la letra, señala que

“(…) todo inculpado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

Este precepto ha sido incorporado a nuestra legislación interna por el artículo 17° del Código de Ejecución Penal, que dispone que el interno tiene derecho a entrevistarse y comunicarse con su abogado defensor.

21. El Tribunal Constitucional considera que al realizarse la entrevista con el abogado defensor a través del vidrio del locutorio, no implica transgresión a la comunicación personal que dispone la Norma Suprema, siempre que se garantice la confidencialidad de la entrevista entre el abogado y su defendido, así como la prohibición de todo control sobre algún aspecto de la estrategia legal diseñada para efectos del proceso penal.

Es claro que en un locutorio la comunicación con el abogado defensor no se ve coaccionada, sino simplemente regulada según las condiciones necesarias para el cumplimiento de la pena del interno.

Sin embargo, para la aplicación del uso de locutorios se deberán considerar parámetros mínimos; entre otros, los supuestos en los que procede su aplicación, la necesidad de fundamentar la medida, el procedimiento para su aplicación, o la duración de la medida.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22. Pese a la argumentación realizada, la Sala Nacional de Terrorismo resolvió declarar inaplicable al favorecido el artículo 24°-A del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, incorporado por el Decreto Supremo N.º 002-2004-JUS (conforme se acredita de fojas 12 a 14 del Expediente), en cuanto se refiere a las visitas de sus abogados, establecida en el artículo 23° del Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, situación que se expone como fundamento de hecho de la demanda.

En consecuencia, carece de objeto pronunciarse sobre este extremo el petitorio, toda vez que a la presentación de la demanda había cesado la vulneración constitucional invocada.

iii. El secreto de las comunicaciones

23. El demandante alega la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, materializado presumiblemente

“(…) en la intervención y/o grabación de las entrevistas que sostiene el beneficiario tanto con sus familiares y amigos, como con su abogado defensor”.

Frente a tal argumento, el Capitán de Navío Luis de la Flor Rivero, Jefe del CEREC, en el mencionado Oficio N.º G500-128 (fojas 6 del Cuadernillo Especial del Recurso de Agravio Constitucional), explica lo siguiente:

“(…) los locutorios permiten la fluidez y la confidencialidad de la comunicación oral directa; asimismo, el artículo 4º del Reglamento de la Ley N.º 28420 establece que durante la visita a través del locutorio, el personal de seguridad realizará un control visual de la entrevista, a una distancia prudente, sin que ello implique la escucha o interferencia de las conversaciones”.

24. Con relación al secreto alegado, es importante señalar que la protección a las comunicaciones interpersonales se encuentra plenamente reconocido en el artículo 2º, inciso 10), de la Constitución. A través de esta norma se busca salvaguardar que todo tipo de comunicación entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo.

El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso.

25. Sin embargo, cualquier derecho fundamental posee límites, los mismos que pueden ser explícitos o implícitos.

En el caso del mencionado supuesto de la vida privada, la Constitución ha creído conveniente circunscribir su reconocimiento en el mismo artículo 2º, inciso 10),



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

estableciendo con claridad cuáles son las excepciones en las que se suspende esta garantía, precisando 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. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen”.

En tal sentido, resulta necesario, de una parte, tomar las precauciones que garanticen la confidencialidad de las entrevistas con criterios técnicos específicos (realización de barridos electrónicos, infraestructura penitenciaria, entre otros) y de otra, que la aplicación de locutorios –como toda medida restrictiva de derechos– sea dictada por el órgano jurisdiccional sobre la base de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad expuestos en los fundamentos precedentes. Es decir, que esta aseveración no impide que la emplazada opte por realizar, adicionalmente, un control razonable de los documentos de naturaleza legal que portan las visitas en el momento de su ingreso y egreso al establecimiento penal.

Sin embargo, no se ha demostrado fehacientemente que haya vulnerado este derecho en el caso concreto. Por tal razón, este Colegiado declara que este extremo de la demanda también debe ser declarado improcedente.

iv. La censura a los documentos de defensa

26. Finalmente, con respecto a la supuesta censura impuesta a los documentos de defensa, cabe mencionar que, como toda medida restrictiva de derechos, ésta deberá ser dictada por el órgano jurisdiccional.

Para analizar tal aseveración, se debe tomar en cuenta los ya enunciados criterios de razonabilidad y proporcionalidad expuestos en los fundamentos que anteceden, con el fin de determinar si el alegado reparo a los medios probatorios constituye o no materia de análisis en sede constitucional.

27. En tal sentido, en el caso concreto del beneficiario, de autos se advierte que en la demanda no se recaudan elementos de juicio suficientes que permitan al juez constitucional determinar la violación del derecho fundamental alegado para que, consecuentemente, se proceda a materilizar la tutela del derecho sustantivo, toda vez que la violación de un derecho constitucional requiere no sólo de su invocación en el escrito de demanda, sino de la acreditación del acto lesivo mediante los recaudos anexados.

Tanto más, si dada la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el artículo 9° del Código Procesal Constitucional exige para su procedencia que los medios probatorios presentados no requieran actuación. Esto motiva que se declare improcedencia la demanda en este extremo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus, en cuanto solicita que se declaren sin efecto e inexistentes los Decretos Supremos N.º 024-2001-JUS y N.º 02-2004-JUS, en el extremo de la censura de los documentos probatorios presentados por el favorecido y en el extremo de la violación del secreto de las comunicaciones.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus en el extremo que resulta inaplicable al favorecido el uso de los locutorios para las visitas de familiares y amigos.
3. Declarar que **CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE** con respecto al uso de locutorios para las entrevistas que sostiene el favorecido con su abogado defensor, por existir una resolución firme en el proceso penal que ya resuelve la cuestión.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGROYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



**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 Curo 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 2°, 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 2º, 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 intrusión 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 2º, 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 consignán, 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 propósito¹. 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

¹ 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 doctrina² 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 Constitucional³ 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

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

³ STC peruano, dictada en el Exp. N.º 00855-2010-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 Español⁴ [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 elegido⁵. 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 reservado⁶.

3.10 En esta perspectiva, sostiene el TC español⁷ 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 2º 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»⁸.

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,

⁴ STC español 114/1984.

⁵ STC español 70/2002.

⁶ STC español 34/1996.

⁷ STC español 123/2002.

⁸ STC dictada en el Exp. N.º 1058-2004-AA/TC, f.j. 18



pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado⁹. 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»¹⁰.

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”¹¹.

3.14 En tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹² [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 desarrolla¹¹⁸. 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 Corte¹³ que:

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

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

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

¹² Caso Escher y Otros Vs. Brasil

¹³ 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*¹⁴, 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.

¹⁴ 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 nexa 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 agravo 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 apertura de 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.

SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES

COLEGIADO A

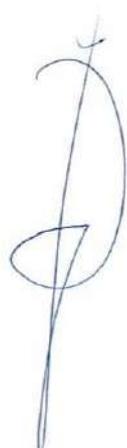


Expediente	: 00011-2017-18-5201-JR-PE-03
Jueces superiores	: Salinas Siccha /Guillermo Piscocoy/ Burga Zamora
Ministerio Público	: Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Imputados	: Jorge Isaacs Acurio Tito y otro
Delitos	: Tráfico de influencia y otro
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Julio Augusto Yauri Medina
Materia	: Apelación de auto de auto de levantamiento del secreto de las comunicaciones

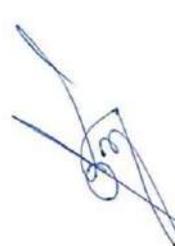
Sumilla: Levantamiento del secreto de las comunicaciones. Fin legítimo.

El fin legítimo de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones radica en la persecución de delitos en el marco de una investigación penal y con fines de esclarecimiento.

En el presente caso, la medida no está reducida a determinar las comunicaciones que habría sostenido Acurio Tito con su coinvestigado Salazar Delgado, sino también a identificar "otros posibles vinculados en los hechos ilícitos".



Resolución N.º 03
Lima, veintiocho de marzo
de dos mil dieciocho



AUTOS y OÍDOS.- En audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los investigados Jorge Isaacs Acurio Tito y Gustavo Fernando Salazar Delgado, contra la Resolución N.º 05, de fecha catorce de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por el Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **fundado el requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones**, en el marco del proceso penal que se sigue en contra de los citados imputados por la presunta comisión del delito contra la administración pública (tráfico de influencia y lavado de activos contra el primero, y, lavado de activos contra el segundo) en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior Guillermo Piscocoy, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 El presente incidente tiene su origen en el escrito presentado por el Ministerio Público con fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, mediante el cual se solicitó el

levantamiento del secreto de las comunicaciones de los siguientes números telefónicos: 995713952, 989283296, 982564521, 993466246, 987961265, 951986945, 951609990 y 962989833 —los cinco primeros vinculados al investigados Gustavo Fernando Salazar Delgado y los tres últimos vinculados a Jorge Isaacs Acurio Tito—, por el periodo comprendido entre el **primero de enero de dos mil once al treinta y uno de diciembre de dos mil catorce**. Absuelto el traslado, la defensa técnica de Acurio Tito solicitó que se declare infundado el requerimiento del levantamiento del secreto de las comunicaciones, en tanto que la defensa técnica de Salazar Delgado formuló oposición al requerimiento de dicha medida limitativa y solicitó se declare improcedente.

1.2 El juez del Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Resolución N.º 05, de fecha catorce de diciembre de dos mil diecisiete, declaró fundado el requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones de las citadas líneas telefónicas solo por el periodo comprendido entre el **primero de enero de dos mil doce al treinta y uno de diciembre de dos mil catorce**, y declaró infundada dicha medida respecto del año dos mil once.

1.3 Los abogados defensores de los investigados interpusieron recurso de apelación dentro del plazo establecido, los cuales han sido concedidos, y se elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, la que por Resolución N.º 02, de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciocho, señaló como fecha de audiencia el primero de marzo de dos mil dieciocho. Luego del debate y deliberación, se procede a emitir la presente resolución.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1 La resolución materia de apelación se sustenta en los siguientes argumentos. En **primer lugar**, el órgano jurisdiccional considera que, a través de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, se pretende comprobar o esclarecer la forma como habrían ocurrido los hechos que se le atribuyen a los investigados, es decir, respecto del delito de tráfico de influencias atribuido a Acurio Tito: el acto de intercesión y solicitud de dinero materia de imputación (con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores), considerando que es razonable que se pretendan indagar los vínculos o coordinaciones que habría realizado el imputado Acurio Tito con el Colaborador Eficaz N.º 06-2017 y con la mayoría de los miembros del comité especial; y con relación al delito de lavado de activos atribuido a Acurio Tito y Salazar Delgado: la acción de evitar la identificación de las transferencias del dinero ilícito recibido por el tráfico de influencias a través de la empresa Wircel (con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores), considerando igualmente que es razonable que se pretendan indagar los vínculos o coordinaciones que habrían realizado los citados imputados.



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES
COLEGIADO A

2.2 En **segundo lugar**, respecto al principio de intervención indiciaria, considera el juez *a quo* que sí se cumple con el presupuesto de suficientes elementos de convicción, pues los números telefónicos han sido obtenidos con motivo de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público, entre ellos la información remitida por la Positiva Servicios Generales, y especialmente los allanamientos practicados en los inmuebles de la empresa Trust y de los investigados.

2.3 En **tercer lugar**, con relación al test de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional señala que la medida resulta ser **idónea**, pues, teniendo en cuenta la finalidad que persigue, es adecuada y pertinente para obtener la información referida a las comunicaciones que hubieran sostenido los imputados entre estos o con otras personas vinculadas a ellos; asimismo, considera que la medida resulta **necesaria**, toda vez que la información requerida por el Ministerio Público no puede ser obtenida a través de otra medida menos gravosa que la requerida; y, por último, respecto a la **proporcionalidad estricta**, el juez estima que, si bien con esta medida se afecta el derecho al secreto de las comunicaciones, dicha medida se justifica porque salvaguarda el interés estatal de la persecución y sanción penal, dado que los hechos ilícitos materia de esclarecimiento corresponden a delitos graves y de trascendencia social.

2.4 En **cuarto lugar**, respecto al periodo de tiempo de la medida, el juez señala que de la revisión del requerimiento del Ministerio Público se verifica que los supuestos actos de tráfico de influencias se habrían producido a partir del mes de febrero de dos mil doce; y, en cuanto a los hechos referidos al delito de lavado de activos, se aprecia que estos se habrían iniciado en el mes de setiembre de dos mil trece. Respecto del año **dos mil catorce**, sostiene que el Ministerio Público ha señalado que se cuenta con elementos de convicción que permitirían afirmar que el imputado Salazar Delgado venía ejerciendo actos de representación, administración, disposición y afectación del patrimonio de la *offshore* Wircel, empresa que recibió el dinero ilícito, circunstancia que estaría relacionada con el delito de lavado de activos. En esa línea, concluye que resulta razonable autorizar la medida por el periodo comprendido entre los años dos mil doce y dos mil catorce, sin que se verifique ninguna justificación por parte del Ministerio Público respecto del periodo 2011.

2.5 Con base en tales consideraciones, el juez de Investigación Preparatoria resolvió declarar fundado el requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones por el periodo comprendido entre el primero de enero de dos mil doce al treinta y uno de diciembre de dos mil catorce.

III. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Conforme a los recursos de apelación interpuestos y a lo sustentado en audiencia, los impugnantes señalan como agravios los siguientes:

§ Del impugnante Acurio Tito

3.1 En la resolución impugnada se ha incurrido en errores al sustentar la finalidad de la medida, el principio de intervención indiciaria, el principio de proporcionalidad y en el periodo de tiempo del levantamiento de las comunicaciones.

3.2 Respecto de la finalidad de la medida, sostiene que la finalidad de la misma es obtener un reporte de llamadas entre Acurio Tito y Salazar Delgado. Sin embargo, a este último no se le imputa el delito de tráfico de influencias; además, a Salazar Delgado —con relación al delito de lavado de activos— se le imputa el acto de supuesta coordinación solo en el dos mil trece, y no en el dos mil catorce, a pesar de que, según la propia imputación, Acurio Tito fue vacado en el dos mil trece.

3.3 No se cumple con el principio de mínima intervención indiciaria, pues son insuficientes los elementos de convicción presentados por el fiscal: i) agenda de Acurio en la que se consigna el celular 951986945; ii) agenda de Acurio en la que se anota "pagar cel.: 95160990"; y iii) cuaderno tipo directorio, deslacrado el veintidós de junio de dos mil diecisiete, en el que se advierte "Acurio Jorge 962989833".

Respecto del **primer elemento de convicción** —agenda de Acurio Tito en la que se consigna el celular 95986945—, refiere que dicha agenda es del año dos mil quince, es decir, que corresponde a un año fuera del periodo de investigación fiscal; por lo tanto, es irrelevante para los fines de esta. Considera también que el fiscal debió realizar un mínimo de diligencias que vinculen a Acurio Tito con el número en los supuestos años dos mil doce, dos mil trece y dos mil catorce; y advierte además que el número que aparece en dicha agenda no se presenta en la parte que corresponde al número del propietario de la agenda, sino en un lugar distinto.

Con relación al **segundo elemento de convicción** —agenda de Acurio Tito en la que se anota "pagar cel.: 95160990"—, señala que se trata de una hoja suelta que no pertenece a la agenda incautada, pero lo más relevante es que del contenido no se puede desprender que sea de Acurio Tito, y menos que este se relacione con el objeto de investigación, pues en la anotación no aparece ninguna de las empresas vinculadas al caso (Wircel, Holding, etc.), sino una empresa no relacionada con la imputación (Distribuidora Cubersa S.R.L.); tampoco se hace referencia alguna a montos equivalentes o siquiera cercanos a los que son atribuidos como parte del tráfico de influencia o lavado de activos.

Respecto del **tercer elemento de convicción** —cuaderno tipo directorio, deslacrado el veintidós de junio de dos mil diecisiete, en el que se advierte "Acurio Jorge 962989833"—, alega que dicho documento no es propiamente una agenda, sino un cuaderno y debió ser objeto de determinadas diligencias por parte del fiscal como declaraciones, pericias



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

documentoscópicas, pericias grafotécnicas, a efectos de determinar la fecha de realización de las grafías y si ello pertenecía a Salazar Delgado o a cualquier otra persona de la empresa, así como qué personas manipulaban dicho documento.

3.4 Con relación al principio de proporcionalidad, alega que no se cumple con el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto a la **idoneidad**, sostiene que, según el juzgado, la finalidad de la medida es el esclarecimiento de los hechos, mediante el registro de llamadas y titulares de los números telefónicos; sin embargo, en realidad esa no es la finalidad, sino la medida misma. Precisa que no se puede afirmar que la medida es el medio y la finalidad a la vez, pues se terminaría en una tautología sin límite. Agrega que, si la finalidad es el esclarecimiento de los hechos, la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones i) resulta inidónea respecto de todo el año dos mil doce porque a Salazar Delgado no se le imputa el acto de tráfico de influencias; ii) resulta inidónea para esclarecer los hechos de enero a agosto de dos mil trece, porque la imputación de lavado de activos se inició recién en septiembre de dos mil trece; y iii) resulta inidónea la medida respecto del año dos mil cuatro, porque los colaboradores eficaces refieren que no existió coordinación alguna entre Acurio Tito y Salazar Delgado en el año dos mil catorce.

Con relación al test de **necesidad**, aduce que el juzgado sostiene que es la única medida que permite saber el cruce de llamadas; no obstante, uno de los requisitos de la medida es que existan indicios suficientes para su intervención, y en el presente caso el fiscal se ha limitado al acto de deslacrado sin realizar diligencias pertinentes para posibilitar el pedido.

En torno al test de **proporcionalidad en sentido estricto**, sostiene que el juzgado refiere que la medida está en equilibrio a fin de perseguir el delito; sin embargo, el criterio de "eficacia de la investigación" deviene en una generalidad que no analiza el caso concreto, pues bajo ese análisis errado todos los casos penales ameritarían el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

En relación a la **pretensión fiscal**, estima que esta es desproporcionada y no justificada, pues primero debería pedir la identificación de los titulares; una vez determinado ello, recién debería establecerse o analizarse si correspondería el cruce de llamadas. Esto es así porque, si de la identificación de los números se determina que ningún número es de Acurio Tito, ya no correspondería entonces el cruce de llamadas.

3.5 Finalmente, con relación al error en el periodo de tiempo del levantamiento de la medida, sostiene que, según la tesis fiscal, i) los hechos referidos al tráfico de influencias (antecedentes) se iniciaron en el año dos mil doce, ii) el supuesto de lavado de activos se inició en septiembre de dos mil trece y iii) Salazar Delgado realizó actos de lavado en el años dos mil catorce. En ese orden de ideas, insiste el apelante en que, si a Salazar Delgado no se le imputa el delito de tráfico de influencias, el registro para cruce de llamadas y mensajes deviene en irrelevante para todo el dos mil doce hasta septiembre de dos mil trece, cuando se inició supuestamente el lavado de activos. Con relación al punto temporal final de la medida, sostiene que, acorde a la tesis fiscal, no hay imputación de participación de Acurio Tito luego de la vacancia —diciembre de dos mil trece—. En consecuencia, existe una desproporción del lapso de la medida, pues solo debió ser hasta diciembre de dos mil trece.

3.6 Culmina señalando como expresión de agravios que se le ha vulnerado el derecho a la debida motivación y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. El primero, porque en la recurrida no se contempla argumento alguno para ordenar la medida, sino que, por el contrario, de los errores descritos se tiene que la resolución judicial enuncia sus conclusiones, pero no el proceso lógico argumentativo, por lo que incurre en una motivación aparente y en una falta de motivación. El segundo, porque se ha dispuesto el levantamiento del secreto de las comunicaciones sin que se cumplan los parámetros que establece la Constitución, pues la resolución no ha sido motivada racionalmente y no cumple con las garantías legales de proporcionalidad y de actividad indiciaria.

3.7 Por todo lo anterior, plantea como pretensión impugnativa se revoque la resolución impugnada en el extremo que declara fundado el requerimiento fiscal.

§ Del impugnante Salazar Delgado

3.8 La resolución recurrida vulnera el principio de legalidad y debida motivación —motivación aparente—, pues existe ausencia de fundamentación en lo referente a la finalidad de la medida interpuesta y la aplicación del test de proporcionalidad.

3.9 Respecto a la finalidad de la medida, sostiene que es obtener datos telefónicos del tráfico de llamadas y titularidad de líneas telefónicas de Salazar Delgado; sin embargo, esta finalidad es presupuesta e inherente a la misma, por lo cual esgrimir tales razones como finalidad deviene en un pleonasma. En ese sentido, se confunde el objeto con la finalidad al no haberse justificado qué extremo de la imputación o elemento no esclarecido se pretende resolver.

3.10 No se ha motivado porque la medida es idónea, pues, el punto cuarenta y siete de la resolución apelada es parte del relato fáctico realizado por la Fiscalía, y, si bien en el punto ochenta y uno se cita “la medida es idónea” y “a través de la presente medida podremos alcanzar la finalidad”, no se señala concretamente cuál es esa finalidad.



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

Agrega que, si bien en los puntos setenta y nueve, ochenta y ochenta y dos se hace mención a la finalidad, en ninguno de ellos se hace referencia a la "coordinación de recepción de dinero", tal y como el *a quo* ha pretendido hacer entender.

3.11 El *a quo*, sobreentendiendo o construyendo interpretaciones que no se han formulado, ha construido una finalidad que el Ministerio Público expresamente no ha establecido, extralimitando su función de juez de garantías, lo que ha invertido la carga de la prueba; por ende, se han vulnerado los artículos 202 y 203 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

3.12 Existe una aplicación incorrecta del test de proporcionalidad, pues, al no haberse fundamentado la finalidad de la medida, y señalarse que esta es un medio y fin en sí misma, se incurrió en conclusiones manifiestamente tautológicas, lo que la convirtió en un mero trámite, ya que en los apartados setenta y tres, setenta y cuatro y setenta y cinco de la recurrida —los cuales no ocupan ni medio folio— no se analiza correctamente la noción de idoneidad y necesidad.

3.13 Concluye indicando que, al haberse realizado una indebida justificación lógica y coherente de la finalidad del requerimiento, y al no analizarse la posición de la defensa —en cuanto plantea que la finalidad esgrimida por el Ministerio Público estaba viciada— limitándose a señalar que esta no era de recibo, se habría incurrido en una indebida motivación.

3.14 Con base en los argumentos precedentes, plantea como pretensión impugnatoria que se revoque la resolución impugnada o, alternativamente, se declare su nulidad.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 En audiencia de apelación, el representante del Ministerio Público sostuvo que existió vinculación y coordinación entre los investigados Acurio Tito y Salazar Delgado, pues al primero de los mencionados no solo se le investiga por el delito de tráfico de influencias al haberse reunido con funcionarios de la empresa de Odebrecht (Colaborador Eficaz N.º 06-2017) y haberles ofrecido la buena pro de la obra a cambio del 3% de su valor, sino también por el delito de lavado de activos al haber utilizado una empresa *off shore* con participación directa de su socio Salazar Delgado para realizar los depósitos entregados por dicha empresa. En ese sentido, la finalidad de la presente medida —fundamento sesenta y uno de la recurrida— es i) comprobar el medio y la forma cómo ocurrieron los

hechos; ii) establecer las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores; e iii) indagar sobre los vínculos y coordinaciones.

4.2 Con respecto al porqué se debe levantar el secreto de las comunicaciones en el periodo dos mil catorce si el investigado Acurio Tito fue vacado en el año dos mil trece, señala que ello es necesario para establecer las circunstancias posteriores del delito, ya que existían comunicaciones entre ambos hasta cuando se descubrieron los hechos.

4.3 Con relación a que no se habrían agotado las vías previas para la interposición de la presente medida, puesto que primero se debió averiguar a quién pertenecen los números telefónicos, señala que, cuando se les corrió traslado a las defensas técnicas a fin de que manifiesten alguna observación, estos han guardado silencio; es decir, no indicaron que estos números no eran de sus patrocinados. Por ende, se entiende que existe una aceptación tácita. Además, indica que en el requerimiento interpuesto no se discute la titularidad de estos números, sino el uso de estos por los investigados.

4.4 Con base en lo anteriormente señalado, solicita se declaren infundas las apelaciones formuladas y se confirme la resolución impugnada.

V. TEMA MATERIA DE CONTROVERSIA Y OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

5.1 Sometidas a debate las pretensiones planteadas, corresponde a esta Sala determinar si la decisión materia de grado en el extremo que ha declarado fundado el requerimiento fiscal de levantamiento del secreto de las comunicaciones se encuentra o no arreglada a derecho; en otras palabras, si se encuentra debidamente motivada y cumple con las exigencias previstas en la Constitución y en la Ley.

5.2 En esa tarea, este Colegiado Superior considera necesario abordar previamente algunos aspectos que tienen que ver con la regulación constitucional del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y el ámbito protegido de dicho derecho.

VI. RAZONES QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN

§ El derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

6.1 Nuestra Norma Fundamental regula el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en los siguientes términos:

Artículo 2. Derechos de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

10. Al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

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

Página 8 de 20



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

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 en violación de este precepto no tienen efecto legal (...).

6.2 Este derecho fundamental protege cualquier comunicación con independencia de su contenido, pertenezca o no al ámbito de lo personal, íntimo o reservado, pues existe una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto. Esta protección constitucional no solo se limita al contenido de la comunicación, sino al soporte de la misma y a las circunstancias que rodean todo el proceso comunicativo, cualquiera sea la técnica utilizada.

6.3 Sobre la base de esta regulación constitucional, el Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado que este derecho “prohíbe que las comunicaciones y documentos privados de las personas sean interceptados o conocidos por terceros ajenos a la comunicación misma, sean estos órganos públicos o particulares, salvo que exista autorización judicial debidamente motivada para ello”. Recurriendo a su jurisprudencia, enfatiza 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 (...), como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello”. Finalmente, expresa que “la prohibición contenida en la disposición constitucional antes mencionada se dirige a garantizar de manera inequívoca la impenetrabilidad de la comunicación en cualquiera de sus formas o medios, a fin de que no sufra una injerencia externa por parte de terceros, pues la presencia de un actor ajeno o extraño a los que intervienen en el proceso comunicativo es precisamente el elemento indispensable para invocar la afectación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones (...)”¹.

§ El ámbito protegido del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

6.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Escher y otros vs. Brasil* —independientemente de que se comparta el criterio asumido por esta en el sentido de

¹ Fundamentos jurídicos 2 y 3 de la STC recaída en el Expediente N.º 00867-2011-PA/TC-Apurímac, de fecha 17 de julio de 2014.

que el derecho al secreto de las comunicaciones pertenece al ámbito de protección de la vida privada—, ha establecido que sus alcances se proyectan no solo a la comunicación misma, sino también al soporte de la comunicación y las circunstancias que lo rodean (origen y destino de las llamadas, identidad de los interlocutores, frecuencia, duración, entre otros elementos). Es decir, el ámbito de protección de este derecho abarca no solo la comunicación, sino a todo el proceso comunicativo². En esa línea, también se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional Peruano siguiendo el caso ya citado³. Igualmente, la Corte Suprema —sin desconocer que el soporte de las comunicaciones o cualquier otro elemento del proceso comunicativo pertenece al ámbito de protección del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones— considera que esta injerencia (por ejemplo, la entrega de listados de llamadas de una persona por las compañías telefónicas) “siempre será de menor intensidad que las escuchas telefónicas, lo que permite que la resolución judicial que la autorice sea excepcionalmente, de menor rigor”⁴.

§ Respecto a los cuestionamientos sobre la finalidad de la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones

6.5 La defensa de Acurio Tito alega que, si la finalidad de la medida es obtener un reporte de llamadas entre este y su coinvestigado Salazar Delgado, no se ha tenido en cuenta que a este no se le imputa el delito de tráfico de influencias. Por su parte, la defensa de Salazar Delgado aduce que se ha confundido el objeto con la finalidad de la misma al no haberse justificado qué extremo de la imputación o elemento no esclarecido se pretende resolver.

² En efecto, en el fundamento jurídico 114 de la citada sentencia de fecha 6 de julio de 2009, señala: “Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. **El artículo 11 protege las conversaciones** realizadas a través de líneas telefónicas instaladas en residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De este 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 comunicaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

³ Fundamento jurídico 18 de la STC recaída en el Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC, de fecha 27 de octubre de 2010.

⁴ Fundamentos sexto y séptimo de la resolución suprema de fecha veintinueve de septiembre de dos mil quince, emitida por la Sala Penal Especial en el Recurso de Apelación N.º 04-2015 “3”.



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

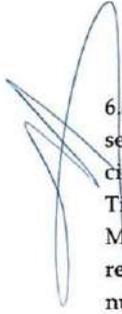
6.6 Previamente debemos afirmar, siguiendo al profesor SAMUEL B. ABAD YUPANQUI, que: "Es común en el derecho comparado asumir que la afectación de este derecho se produce en el marco de un proceso penal cuando hay una investigación en curso respecto de un delito grave. Por esta razón es que en muchos países se regula en los códigos procesales penales"⁵. Luego, agrega: "En esa dirección, por ejemplo, el artículo 230 del Código Procesal Penal peruano señala que tal medida sólo será posible en las investigaciones que se relacionen con delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a los cuatro años"⁶. Asimismo, el profesor E. JAVIER DÍAZ REVORIO sostiene —en el marco del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales— que los fines que persigue cualquier medida que constituya una injerencia en los derechos fundamentales son la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás; agrega que, entre estos fines, "cobra especial relevancia el de la persecución de los delitos. Nuestra jurisprudencia se refiere reiteradamente a la idea de investigación de una infracción grave, y en la práctica la mayoría de interceptaciones de las comunicaciones se producen en el ámbito de procesos penales (...) "⁷.

6.7 Es decir, el fin legítimo de la injerencia en este derecho fundamental radica en la persecución de delitos en el marco de una investigación penal y con fines de esclarecimiento, y ese fin siempre va a estar regulado en los códigos procesales o en leyes adjetivas especiales. Así, por ejemplo, si analizamos detenidamente el CPP, la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones está ubicada sistemáticamente en el Título III (Búsqueda de pruebas y restricción de derechos), sección II (La prueba) del Libro Segundo (La actividad procesal), y de una simple revisión de los artículos 202 y 230 se puede llegar a la conclusión de que dicha injerencia solo se puede adoptar cuando resulte indispensable "para lograr los fines de esclarecimiento del proceso" y cuando "sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones".

⁵ ABAB YUPANQUI, Samuel B. *El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial*, p.20. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe>.

⁶ ABAB YUPANQUI, Samuel B. Art. cit., p. 20.

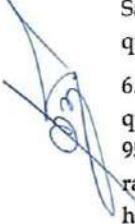
⁷ DÍAZ REVORIO, E. Javier. Art. Cit., p. 168.



6.8 En el presente caso, el juez *a quo* ha dejado claro que a través de la presente medida se pretende esclarecer la forma como habría ocurrido el acto de intercesión (con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores) que se le atribuye a Acurio Tito por el delito de tráfico de influencias; también ha considerado razonable que el Ministerio Público pretenda indagar "los vínculos o coordinaciones que habría realizado el imputado Acurio Tito" —numeral 64 de la recurrida—; para ello, en el numeral precedente, precisó que formaba parte de la hipótesis del Ministerio Público que "el imputado Acurio Tito con motivo del ofrecimiento de interceder y solicitud de dinero habría realizado coordinaciones con el Colaborador Eficaz N.º 06-2017 y con la mayoría de los miembros del comité especial, supuestos que se desprenden de los numerales 8 al 11 y 84 del requerimiento". Asimismo, el juez de primera instancia ha precisado que, con esta medida, se pretende comprobar la forma como se desplegaron los actos de lavado de activos atribuidos a Acurio Tito y a Salazar Delgado, esto es, la acción de evitar la identificación de las transferencias del dinero ilícito recibido por el tráfico de influencias a través de la empresa Wircel (con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores), considerando igualmente que es razonable que se pretendan indagar los vínculos o coordinaciones que habrían realizado los citados imputados.



6.9 Esto es, la finalidad de la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones no está reducida a determinar las comunicaciones que habría sostenido Acurio Tito con su coinvestigado Salazar Delgado, sino también a identificar "otros posibles vinculados en los hechos ilícitos", las comunicaciones que habrían tenido con estas otras personas vinculadas a él, y especialmente con los miembros del comité especial, con los cuales —según la tesis fiscal— mantenía vínculos y poseía influencias reales que le permitían interceder sobre los mismos para "ayudar" a la empresa Odebrecht en la licitación de la obra "Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida de Evitamiento de la ciudad de Cusco". Dentro del contexto de la imputación formulada por el delito de lavado de activos, esta medida también está orientada a indagar los vínculos y coordinaciones que habrían realizado Acurio Tito y Salazar Delgado con otros investigados y funcionarios del Gobierno Regional del Cusco que habrían participado en los presuntos actos de lavado.



6.10 En ese orden de ideas, si producto de los actos de investigación existe evidencia de que Acurio Tito habría utilizado las líneas telefónicas de los números 951986945, 951609990 y 962989833, resulta lógico que el juez de primera instancia considere razonable que el Ministerio Público pretenda indagar los vínculos o coordinaciones que habría realizado el imputado Acurio Tito a través de las citadas líneas, no solo con Salazar Delgado, sino también con otras personas que podrían estar vinculadas a los hechos que se investigan; todo esto se desprende de los numerales del requerimiento —que se indican la resolución materia de grado— y además de los numerales 75, 79, 82 y 86 del mismo requerimiento. Del mismo modo, resulta atendible que el juez de



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

primera instancia, sobre la base de las líneas telefónicas que habría utilizado Salazar Delgado respecto de los números 995713952, 989283296, 982564521, 993466246 y 987961265, considere razonable que se pretendan investigar los vínculos o coordinaciones que habrían desplegado los imputados Acurio Tito y Salazar Delgado con otras personas que habrían participado en los actos de lavado que se les atribuye.

6.11 Por las razones anteriormente expuestas, el solo hecho de que a Salazar Delgado no se le impute el delito de tráfico de influencias y de que el acto de lavado que se le atribuye se limite al año dos mil trece —según lo expone la defensa de Acurio Tito— resulta irrelevante para enervar los fundamentos de la finalidad de la medida; asimismo, no puede admitirse el argumento esgrimido por la defensa de Salazar Delgado, quien alega que no se ha justificado la finalidad de la misma, y denuncia una extralimitación del juez al construir una finalidad no establecida por el Ministerio Público, pues la finalidad propuesta por el fiscal y amparada por el juez es clara y se corresponde con los fines de esclarecimiento del proceso; en ese sentido, es absolutamente necesaria para que el Ministerio Público, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, prosiga con las investigaciones de los hechos ilícitos materia del presente proceso.

§ Respecto a los cuestionamientos sobre los elementos de convicción

6.12 De otro lado, la defensa del investigado Acurio Tito ha cuestionado los elementos de convicción que han sido valorados positivamente por el juez de primera instancia para amparar la medida solicitada por el fiscal, y los ha calificado como insuficientes. Así, con relación al primer elemento de convicción consistente en la agenda de Acurio Tito en la que se consigna el celular 951986945, afirma que esta agenda es del año dos mil quince, es decir, se encuentra fuera del marco temporal de la imputación, por lo que es irrelevante para los fines de la investigación; asimismo, afirma que el número que aparece en dicha agenda no se presenta en la parte que corresponde al número del propietario de la agenda, sino en un lugar distinto.

6.13 Sobre este extremo, esta Superior Sala considera que tales argumentos son sumamente débiles para enervar la decisión del juez *a quo*, no solo porque el Ministerio Público está solicitando la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones sobre la base de un dato objetivo —que emerge del contenido de una agenda del imputado Acurio Tito obtenida en uno de los inmuebles allanados—, sino también porque el hecho de que la agenda corresponda al año dos mil quince no desvanece la posibilidad de que ese número telefónico en ella registrado —y que estaría vinculado al

investigado Acurio Tito— haya sido utilizado dentro del marco temporal de los hechos que se le atribuyen.

6.14 Como bien sostiene el juez *a quo* —razonamiento que este Colegiado Superior comparte—, "estos cuestionamientos no corresponden al análisis de elementos de convicción que sustentan una medida de búsqueda de pruebas", más aún cuando el Ministerio Público, como titular de la acción penal y en el marco de la investigación de delitos, está autorizado para establecer su hipótesis de trabajo y estrategia de investigación. Tampoco corresponde exigir, para la evaluación de esta medida, la realización de "un mínimo de diligencias" que vinculen al imputado Acurio Tito con ese número telefónico en los años dos mil doce, dos mil trece y dos mil catorce, y menos que dicho número deba aparecer en la parte que corresponde al número del propietario de la agenda, pues tal elemento de convicción ha sido incautado en una diligencia de allanamiento de uno de los inmuebles vinculado a Acurio Tito, en el marco de una investigación de hechos graves que se le imputan en el presente proceso.

6.15 Con relación al segundo elemento de convicción —agenda de Acurio Tito en la que se anota "pagar cel.: 95160990"—, la defensa ha señalado que se trata de una hoja suelta que no pertenece a la agenda incautada, por lo que no se puede desprender que pertenezca a Acurio Tito; además, no aparece ninguna anotación que se relacione con las empresas vinculadas al caso (Wircel, Holding, etc.), o montos de dinero equivalentes o cercanos a los que son atribuidos como parte del tráfico de influencias o lavado de activos.

6.16 Respecto del argumento anotado, este Tribunal Superior advierte que se trata de un hecho no discutido que dicha hoja —bien sea que pertenezca a una agenda o no— es un elemento de convicción que ha sido obtenido durante la diligencia de allanamiento de uno de los inmueble vinculados al investigado Acurio Tito y cuya valoración, para efectos de decidir la medida, no puede hacerse aisladamente, sino de manera conjunta con los demás elementos de convicción presentados y en el marco de los hechos que se investigan, por lo que se incurre en exceso por parte de la defensa cuando exige, para su valoración positiva por parte del juez, anotaciones adicionales de empresas y montos de dinero vinculados a los hechos que se investigan.

6.17 De igual modo, la defensa de Acurio Tito sostiene que el tercer elemento de convicción —cuaderno tipo directorio deslacrado el veintidós de junio de dos mil diecisiete en el que se advierte "Acurio Jorge 962989833"— no es propiamente una agenda, sino un cuaderno, el cual debió ser objeto de determinadas diligencias previas (declaraciones de testigos y pericias grafotécnicas o documentoscópicas).

6.18 Este Tribunal Superior considera que lo relevante no descansa en que si dicho elemento de convicción pertenece a una agenda o a un cuaderno, sino fundamentalmente en el dato objetivo que contiene dicho documento y que también fue obtenido gracias a la diligencia de allanamiento que se realizó en uno de los inmuebles



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

vinculado a Salazar Delgado, lo que constituye igualmente una exigencia desmesurada por parte de la defensa la práctica de diligencias previas para su valoración positiva por parte del juez de primera instancia.

§ Respecto a los cuestionamientos al desarrollo del principio de proporcionalidad

6.19 Tanto la defensa de Acurio Tito como de Salazar Delgado han sostenido como agravio que no se ha efectuado un adecuado análisis del principio de proporcionalidad, por lo que cuestionan el desarrollo argumentativo que ha efectuado el juez *a quo* respecto de los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

6.20 En principio, debemos anotar que, según el requerimiento fiscal, lo que se pretende con la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones radica en obtener la siguiente información: i) relación de números de abonado a nombre de las personas indicadas; ii) registro histórico de llamadas entrantes y salientes de los números de los referidos abonados, con indicación de las celdas en que se concentraron dichas llamadas; iii) equipos celulares utilizados (IMEI); iv) identificación de los IMEI (equipos celular), así como los chips (tarjeta SIM) insertados en los mismos; v) mensajes de texto (SMS) entrantes y salientes (fecha, hora, números de abonado, duración, celdas en tiempo real); vi) titulares de los números de los abonados mencionados, así como el respectivo registro de llamadas en el espacio temporal.

6.21 Como se puede apreciar, el requerimiento formulado por el Ministerio Público y que ha sido amparado por el juez de primera instancia no representa una intervención en la comunicación misma (conversación) —interceptación, interferencia o grabación de llamadas telefónicas—, sino básicamente en datos externos o de transmisión (números de abonados, titulares, registro históricos de llamadas, mensajes de texto, entre otros) y otros de contenido que representan una injerencia de menor intensidad que las escuchas telefónicas, por lo que convierten a la protección constitucional del secreto de las comunicaciones en una de menor intensidad, lo que permite que la resolución judicial sea de menor rigor⁸.

6.22 En ese orden de ideas, este Superior Colegiado advierte que el juez de primera instancia ha motivado suficientemente el test de proporcionalidad, pues, en efecto, la medida es idónea porque va a permitir el esclarecimiento de los hechos que se

⁸ En ese sentido, se ha pronunciado la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República en el fundamento jurídico séptimo del Recurso de Apelación N.º 04-2015 "3", de fecha veintinueve de septiembre de dos mil quince.

investigan, lo cual es acorde con el fin legítimo de la injerencia en este derecho fundamental dentro del proceso penal, esto es, la persecución de delitos en el marco de una investigación penal y con fines de esclarecimiento, sin que los cuestionamientos que realiza la defensa sobre la base del marco temporal y fáctico enerve en absoluto la idoneidad de la medida dispuesta. Asimismo, es necesaria no solo porque la información requerida por el Ministerio Público no puede ser obtenida a través de otra medida menos gravosa, sino porque la información que se pretende con dicha medida no representa una injerencia tan intensa o grave como la que se exige cuando se pretende la intervención de la comunicación misma. Finalmente, también se cumple con la **proporcionalidad en sentido estricto**, porque, si en el presente caso la injerencia en el secreto de las comunicaciones no tiene la intensidad de afectación grave, se debe preferir el interés del Ministerio Público en la persecución del delito a fin de garantizar el cumplimiento de las funciones que la Constitución le ha asignado en este ámbito.

§ Respecto al periodo establecido para la medida

6.23 La defensa del investigado Acurio Tito también ha cuestionado el periodo de tiempo del levantamiento de la medida, pues sostiene que, si a Salazar Delgado no se le imputa el delito de tráfico de influencias, el registro para el cruce de llamadas deviene en irrelevante para todo el año dos mil doce hasta septiembre de dos mil trece, cuando se inicia supuestamente el delito de lavado de activos; y, respecto del punto temporal final de la medida, sostiene que, según la tesis fiscal, no hay imputación de participación de Acurio Tito luego de la vacancia —diciembre de dos mil trece—.

6.24 Esta Superior Sala considera que, si bien los supuestos actos de coordinación se habrían efectuado recién en setiembre del año dos mil trece entre Acurio Tito y Salazar Delgado para acordar cuál sería el medio por el cual se entregaría el dinero, lo cierto es que, para la creación de supuestas empresas *offshore*, debieron realizar coordinaciones precedentes al periodo señalado, así como también alusiones referidas al supuesto delito fuente investigado, ya que, a pesar de que Salazar Delgado no se encuentra relacionado al delito de tráfico de influencias, a través de esta medida se podrían obtener datos relevantes sobre la información conocida por Gustavo Salazar Delgado en relación no solo al delito de lavado de activos, sino también al origen ilícito de aquel. Así, también debieron existir coordinaciones posteriores al periodo dos mil trece para los futuros actos de lavado que se habrían realizado instrumentalizando dicha empresa.

§ Respecto a la infracción al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

6.25 Tanto la defensa de Acurio Tito como de Salazar Delgado denuncian vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones, señalando que en la resolución materia de grado se ha incurrido en una motivación aparente y en una falta de motivación.



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

6.26 Previamente corresponde recordar que el artículo 139 numeral 5 de la Constitución Política del Estado recoge como principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustentan. Este derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce a un fallo o a una decisión del juez, así como controlar la aplicación del derecho por los órganos judiciales a través de los recursos; también permite, a su vez, contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales⁹.

6.27 En esa línea, las resoluciones judiciales deben ser **razonadas y razonables en dos grandes ámbitos**: i) en la apreciación —interpretación y valoración— de los medios de investigación o de prueba, según el caso —se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico—, y ii) en la interpretación y aplicación del derecho objetivo¹⁰.

6.28 En el presente caso, señala la defensa de Acurio Tito que se le ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, puesto que en la recurrida no se contempla ningún argumento para ordenar la medida, sino que, por el contrario, de los errores descritos se tiene que la resolución judicial enuncia sus conclusiones, pero no el proceso lógico argumentativo, por lo que se incurre en una motivación aparente y en una falta de motivación. Por su parte, la defensa técnica de Salazar Delgado aduce ausencia de fundamentación en lo referente a la finalidad de la medida interpuesta y la aplicación del test de proporcionalidad.

6.29 Como ya se ha anotado en los párrafos precedentes, tanto la finalidad de la medida —numerales del 61 al 67 de la resolución materia de grado— como la aplicación del test de proporcionalidad —numerales 72 al 76 de la misma resolución— se encuentran debidamente motivadas. Analizada la resolución materia de grado, esta Superior Sala llega a la conclusión de que no se presenta el supuesto de motivación aparente o falta de motivación; por el contrario, se ha pronunciado suficientemente, entre otros puntos, de la finalidad de la medida, del principio de intervención indiciaria, del principio de proporcionalidad, del periodo de tiempo del levantamiento del secreto de las comunicaciones y ha absuelto los cuestionamientos de cada uno de los abogados defensores de los impugnantes. Finalmente, sobre la base de los elementos de

⁹ Casación N.º 87-2011-Arequipa (fj 7.3).

¹⁰ Acuerdo Plenario N.º 006-2011/CJ-116 (fj. 11).

convicción, el juez de primera instancia ha explicado las razones por las cuales ampara el pedido de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

6.30 En consecuencia, queda descartada la existencia de una motivación aparente o falta de motivación en la resolución materia de grado; por el contrario, la decisión de primera instancia se encuentra debidamente motivada. En ese sentido, debe recordarse que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea breve o concisa¹¹.

§ Respecto a la pretensión de nulidad planteada por la defensa de Salazar Delgado

6.31 La defensa de Salazar Delgado, sobre la base de los mismos argumentos de su pretensión revocatoria, ha planteado la nulidad de la resolución materia de grado al considerar que se han vulnerado los principios de legalidad procesal y debida motivación de las resoluciones judiciales.

6.32 Al respecto, cabe acotar que la nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y, por tanto, debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico; así, en atención a la gravedad de la causa de nulidad, es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas. La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad: si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa; por el contrario, si nos hallamos frente a vicios muy graves, no convalidables, nos encontramos frente a la nulidad absoluta.

6.33 En virtud del principio de legalidad en materia de nulidades procesales, consagrado en el artículo 149 del CPP, la sanción de nulidad de un acto procesal solo puede ser declarada en los casos expresamente previstos en la ley. Los supuestos de nulidad absoluta están regulados en el artículo 150 del Código Procesal Penal y pueden ser declarados aún de oficio. Es legítimo fundar una nulidad procesal por infracción del contenido esencial de los principios de legalidad procesal y debida motivación de las resoluciones, y ello ocurre cuando el vicio que afecta al acto procesal influye de manera decisiva sobre la resolución objeto de cuestionamiento. No es admisible declarar la

¹¹ Como lo ha precisado este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales **no garantiza una determinada extensión de la motivación**, por lo que su contenido constitucional se respeta, *prima facie*, siempre que exista i) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; ii) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y iii) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. (fj. 2 de la STC N.º 04348-2005-PA/TC del 21.07.2005, caso Luis Gómez Macahuachi).



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, sino que debe existir un agravio real (no hay nulidad sin agravio)¹².

6.34 En el presente caso, este Colegiado Superior no advierte infracción alguna al derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales que habilite a esta Sala, en uso de sus facultades nulificantes, a declarar la nulidad de la resolución venida en grado. En efecto, la decisión del juez de primera instancia se ha expedido respetando el marco normativo que se prevé para este tipo de medidas y ha sido suficientemente motivada.

6.35 Lo que advierte este Superior Colegiado es la disconformidad de los impugnantes con la decisión de fondo, pero esa mera disconformidad no puede servir de sustento de su pretensión, puesto que el simple desacuerdo con las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional no es motivo suficiente para impugnarlas vía el recurso de apelación, y todos los agravios que esgrimen ya han sido suficientemente abordados en los párrafos precedentes.

§ Conclusión.

6.36 Por todas las razones anteriormente expuestas, las pretensiones revocatorias formuladas por los impugnantes Acurio Tito y Salazar Delgado deben ser desestimadas, así como también la pretensión anulatoria formulada alternativamente por este último.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 419 del Código Procesal Penal, RESUELVEN:

¹² La nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva —no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales—. Esta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales —artículos 152 y siguientes del NCPP—). (fj. 11 del Acuerdo Plenario N.º 006-2011/CJ-116).

CONFIRMAR la Resolución N.º 05, de fecha catorce de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por el Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró fundado el requerimiento de levantamiento de secreto de las comunicaciones por el periodo comprendido entre el 01 de enero del 2012 y el 31 de diciembre del 2014, que ha solicitado el Ministerio Público en el marco del proceso penal que se sigue en contra de los investigados Jorge Isaacs Acurio Tito y Gustavo Fernando Salazar Delgado por la presunta comisión de los delitos contra la administración pública en la modalidad de tráfico de influencias —que se le sigue al primero— y del delito de lavado de activos —que se les sigue a ambos—, en agravio del Estado.

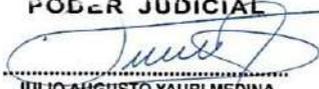
Notifíquese y devuélvase.

Sres.:


SALINAS SICCHA


GUILLERMO PISCOYA


BURGA ZAMORA

PODER JUDICIAL

JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 6712-2005-HC/TC
LIMA
MAGALY JESÚS MEDINA VELA Y NEY
GUERRERO ORELLANA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 31 de mayo de 2005, los recurrentes interponen demanda de hábeas corpus contra los miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo, solicitando que se declare la nulidad del proceso penal seguido en su contra hasta la fase de instrucción.

Sostienen que acuden al hábeas corpus porque se configura la violación del derecho a la libertad personal por haberse negado la tutela procesal efectiva cuando se vulnera su derecho a la probanza y a la defensa. Consideran que tales transgresiones se produjeron a través de las tres resoluciones judiciales firmes en el proceso penal seguido en su contra (las expedidas en el 2003 por el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, en el 2004 por la Sexta Sala Penal Superior y en el 2005 por la Primera Sala Penal Suprema Transitoria).

Expresan que se contraviene su derecho a probar puesto que, habiendo presentado testimoniales (tanto del asesor legal del canal como del administrador del mismo), nunca fueron admitidas ni rechazadas por el juez. La importancia de tales medios se centraba en que, antes de emitir el reportaje materia del proceso penal que se siguió en su contra, ellos fueron asesorados por abogados, los cuales les aseguraron que no se afectaba el derecho a la intimidad de la 'vedette' con la emisión del mencionado

78



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reportaje. Justamente, al no tomarse en cuenta los medios probatorios ofrecidos, consideran que se les ha impedido probar el error de prohibición en sus actos, lo cual llevaría no exactamente a la antijuricidad, sino a la exclusión de culpabilidad. Asumen que tampoco el juez pudo establecer la existencia de tales medios como prueba inútil, pues ésta se configura cuando los hechos alegados no requieren probanza por ser demasiado obvios.

Asimismo, alegan la afectación al derecho a la defensa, pues el juzgador nunca se pronunció sobre el extremo que plantearon como mecanismo de defensa en la declaración instructiva. Éste se refiere a que, al haber propalado un vídeo que probaba la existencia de prostitución ilegal, no se pudo afectar la intimidad de la querellante.

b. Declaraciones instructivas de los demandados

Con fecha 7 de junio de 2005 se toma la declaración de los cinco vocales demandados, los mismos que niegan los presupuestos del hábeas corpus formulado. Consideran que actuaron dentro del marco de la ley, y como parte de su independencia funcional como jueces. Afirman, además, que la sentencia está debidamente motivada.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 10 de junio de 2005, el Decimotercer Juzgado Penal de Lima declara infundada la demanda por los siguientes motivos:

- i. La Ejecutoria Suprema fue expedida dentro de un proceso regular.
- ii. Se han respetado las garantías del debido proceso, pues los demandantes contaron con defensa y pluralidad de instancias.
- iii. No corresponde aceptar la inhibición planteada por los demandantes, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 52° y por el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el artículo 305° del Código Procesal Civil. El pedido fue declarado inadmisibile.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 6 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirma la sentencia, argumentando que:

- i. Con respecto al tema de fondo, lo que pretende la demanda es cuestionar el pronunciamiento emitido por el órgano jurisdiccional.
- ii. Sí se aprecia en la resolución cuestionada una correcta valoración de los medios probatorios ofrecidos por los demandantes.
- iii. La inhibición, por su parte, al no estar permitida en el Código Procesal Constitucional, debe ser declarada improcedente.

III. DATOS GENERALES**➤ Violación constitucional invocada**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La demanda de hábeas corpus fue presentada por doña Magaly Jesús Medina Vela y por Ney Guerrero Orellana y la dirigen contra los vocales de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo. El acto lesivo se refiere a la expedición de la Resolución en el Recurso de Nulidad N.º 3301-04, de fecha 28 de abril de 2005, en la cual se declara no haber nulidad en la sentencia de fecha 4 de junio de 2004, la misma que condena a los demandantes a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años, por la comisión del delito contra la libertad-violación de la intimidad.

Petitorio constitucional

Los demandantes alegan la afectación de los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva (artículos 139º, inciso 3, de la Constitución, y 4º del Código Procesal Constitucional) –en correspondencia con la libertad personal (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución)–, en lo referido al derecho a probar (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución) y al derecho a la defensa (artículo 139º, inciso 14, de la Constitución).

Sobre la base de esta vulneración, solicitan lo siguiente:

- Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que se les permita probar el hecho postulado como defensa material.
- Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que el juez penal en la sentencia se pronuncie sobre el argumento de defensa técnica.

Materias constitucionalmente relevantes

Con el fin de responder correctamente a las inquietudes de los demandantes, y determinar los límites de la independencia de los jueces al momento de determinar sus sentencias, en esta sentencia se desarrollarán los siguientes acápites:

- ¿Qué implica la utilización del proceso constitucional de hábeas corpus en el presente caso? Por ende,
 - ¿Un juez constitucional puede inhibirse?
 - ¿Cuándo una resolución puede considerarse firme?
 - ¿De qué forma ha de realizarse un análisis de la tutela procesal efectiva?
- ¿Se ha llegado a afectar el derecho a probar de los recurrentes? Por lo tanto,
 - ¿Cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de este derecho?
 - ¿La supuesta violación del derecho a la prueba tiene relación directa con la responsabilidad de los recurrentes?
 - ¿Cuáles son los elementos de análisis respecto a la supuesta violación de esta parte de la tutela procesal efectiva?
- ¿Existe alguna vulneración del derecho a la defensa? En tal sentido,
 - ¿Cómo se habrá de entender la defensa técnica y en qué sentido se habrá de conectar con un test de razonabilidad?
 - ¿Por qué es necesario entender el significado constitucional de los derechos a la información y a la vida privada para resolver este extremo de la demanda?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ¿De qué manera se inserta la determinación de existencia de prostitución clandestina en el acto ponderativo entre información y vida privada?
- ¿Qué consecuencias genera la presentación de una demanda como la planteada en el presente caso?

IV. FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de hábeas corpus cuestiona la validez del proceso penal llevado a cabo contra los actores por el delito contra la intimidad, prescrito taxativamente en el artículo 154° del Código Penal. La materia de análisis constitucional versa sobre la declaratoria de responsabilidad de los querellados (ahora demandantes en el proceso constitucional) en sede judicial. La determinación de culpabilidad de los coimputados se asienta en hechos claramente establecidos que no pueden ser objeto de análisis por parte de este Colegiado, sino que se asumen como válidos, al estar definido su vigor en sede judicial.

El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un video editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como 'Las Prostivedettes', y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales.

Sobre la base de estos hechos, y tras la sanción penal de los querellados, son ellos mismos los que acuden ante esta instancia constitucional para que se analice en esta sede si hubo vulneración, o no, de sus derechos fundamentales.

A. IMPLICANCIAS DE LA UTILIZACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS EN EL PRESENTE PROCESO

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo a ella amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200°, inciso 1). Y, tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considerará como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4°).

Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de los demandantes, por lo que este Colegiado se encuentra



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis estricto y *pro homine* de la resolución judicial cuestionada. Sin embargo, existen algunas cuestiones que deben resaltarse y detallarse respecto al análisis jurídico de la formulación de este tipo de hábeas corpus restringido.

§I. La inhibición del juez

2. El primer tema a resolver se refiere a la capacidad del juzgador para intervenir en un proceso de hábeas corpus. Al respecto, los demandantes alegan que la jueza de primera instancia del proceso constitucional no es imparcial, pues ha hecho público su punto de vista respecto a los procesados:

La señora magistrada a cargo del proceso ha manifestado una evidente animadversión hacia el presente proceso. Su malestar frente a este proceso y sus partes se evidencia del siguiente dicho: 'No me gusta la prensa, no me gusta Magaly, no me gustan los Supremos', frase que manifestó el día de ayer a horas 8:30 a.m., en la oficina de la secretaría cursora de esta causa y en presencia de la señorita abogada Isela Valdez Savid, quien ejerce conjuntamente el patrocinio de los accionantes¹.

Aun cuando no lo expresen claramente, los recurrentes solicitan que la magistrada se inhiba de seguir conociendo el hábeas corpus incoado.

3. El principal argumento que sostienen está referido a la independencia que debe tener todo juzgador a la hora de resolver un proceso. Sobre la base del artículo 139°, inciso 2 de la Constitución (que garantiza la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional), aducen que no puede aceptarse que un juez pueda emitir juicios de valor sobre las partes de un proceso.
Sin embargo, debe anotarse que, como derecho fundamental, también los principios de la función jurisdiccional tienen límites. Por ello, es necesario determinar si en los procesos de hábeas corpus existe alguna restricción referida a tal principio, pues sólo así se justificaría que se haya determinado la imposibilidad de la inhibición de la magistrada.
4. Razona la propia jueza, cuando emite la sentencia de primera instancia respecto al presente hábeas corpus, que la inhibición planteada no resulta amparable. Se sustenta en lo dispuesto en el artículo 305° del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 52° del Código Procesal Constitucional. Sobre tal base declara inadmisibles la inhibición², aunque en segunda instancia se reforma este extremo de la sentencia y se le declara improcedente. Pero ante ello se debe responder a la interrogante acerca de si una solución de este tipo está permitida por las normas procesales sobre la materia.

¹ Escrito del abogado de los demandantes del hábeas corpus (fs. 142, 43 del Expediente).

² Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 165 del Expediente).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por la peculiaridad que tiene el proceso de hábeas corpus, se ha dispuesto la existencia de normas procesales especiales que rijan su desarrollo. El artículo 33°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional expresa que:

Este proceso somete además a las siguientes reglas: (...) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios (...).

Es decir, explícitamente se ha determinado, en aras de la celeridad del proceso de hábeas corpus, que los jueces constitucionales no puedan alejarse del ejercicio de su función jurisdiccional. Por ello, en el presente caso, no correspondía, por incompatible, aplicar el Código Procesal Civil para pedir que la jueza se inhiba —o, excuse, usando la terminología del Código Procesal Constitucional— del conocimiento de la causa.

Por ello, es valedero el pronunciamiento realizado por la jueza al respecto. Lo que no es válida es la utilización de las normas detalladas en su sentencia. Se usan dispositivos previstos explícitamente para el caso del amparo o para procesos civiles, lo cual no puede ser aceptable tomando en consideración que el hábeas corpus, en tanto proceso constitucional y por su carácter de tutela de extrema urgencia, tiene reglas sumamente especiales y plazos muy breves, que han sido claramente determinadas por el legislador.

Por lo tanto, el pedido de inhibición planteado por los reclamantes debe ser declarado improcedente.

5. Conviene en este tramo mencionar qué caminos proporciona el propio Código Procesal Constitucional a las personas que cuestionan la independencia de un magistrado que resolverá un caso en el cual pueden verse perjudicadas.

Según una interpretación oportuna del artículo 33°, inciso 1, del mencionado cuerpo normativo, puede interponer pedido de recusación el propio afectado (o su representante legal). Es decir, los recurrentes tuvieron la capacidad de recusar a la jueza que vio su caso, si es que se consideraban perjudicados con su actuación. De lo que consta en autos, dicho pedido nunca fue realizado.

§2. La firmeza de la resolución

6. Como segundo tema, debe precisarse qué se considera como una resolución firme. Ello porque los recurrentes alegan criterios que implicarían una grave desatención respecto a cuáles son los fallos judiciales que pueden ser materia de un proceso constitucional.

A su entender, cada una de las tres resoluciones emitidas en el proceso penal que se siguió en su contra (sentencia condenatoria, sentencia confirmatoria y sentencia no anulatoria) tienen la condición de firmes³. Sin embargo, han interpuesto el hábeas corpus tan sólo contra la última de ellas.

Corresponde, entonces, dejar sentado con claridad qué habrá de entenderse por 'resolución judicial firme'; más aún si de una explicación errada puede concluirse

³ Claramente establecido en la Demanda de hábeas corpus (fs. 7 del Expediente).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que contra cualquier sentencia judicial se podría interponer una demanda de este tipo, desnaturalizando la función de control constitucional de este Colegiado, que quedaría convertido en una instancia judicial más.

Handwritten notes and signatures in blue ink on the left margin, including a large signature and several initials.

7. Según el mencionado artículo 4° del Código Procesal Constitucional, sólo cabría la presentación de una demanda de hábeas corpus por violación de la tutela procesal efectiva cuando existe una 'resolución judicial firme'.

La firmeza de las resoluciones judiciales está referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio y, por lo tanto, sólo cabrá cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional. Por lo tanto, la inexistencia de firmeza comporta la improcedencia de la demanda que se hubiese presentado, tomando en cuenta la previsión legal expresada en el mencionado código.

Por ende, ni la sentencia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la emitida por la Sexta Sala Penal Superior de Lima en el proceso penal seguido por delito contra la intimidad, podrán considerarse firmes. Sí lo será la emitida en la Corte Suprema y es solamente contra ella que se entenderá presentada la demanda de hábeas corpus.

§3. El control constitucional de la tutela procesal efectiva

8. La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial.

La presente demanda de hábeas corpus se ha planteado sobre una supuesta vulneración de dos derechos-reglas pertenecientes a un derecho-principio más amplio. Se alega que se ha violado el derecho a probar y el derecho a la defensa técnica, pero ambos como ámbitos de la tutela procesal efectiva.

9. Con relación a ello, es un hecho sin duda significativo que la jurisdicción ordinaria, cuando resuelve un proceso constitucional -y así ha sucedido en el presente hábeas corpus- enfatice que se ha respetado irrestrictamente el derecho a la tutela procesal efectiva aduciendo, casi siempre invariablemente, la regularidad en la tramitación del proceso. No se hace uso de argumentos constitucionales, sino, tautológicamente, de fórmulas propositivas que reiteran que el cuestionado es un proceso regular que, precisamente, está siendo criticado por el supuesto incumplimiento irrestricto de su regularidad.

En el caso de autos, los vocales demandados señalan que la causa penal la resolvieron dentro de los límites y formalidades que señala la Ley Orgánica del

Poder Judicial⁴, que su decisión es correcta desde el punto de vista sustantivo penal⁵, y que no han violentado derecho o garantía constitucional alguno que amenace la libertad⁶. Adicionalmente, manifiestan que

Este fallo fue recurrido (respeto a la pluralidad de instancias) y el caso llegó hasta la Corte Suprema, de modo que tampoco se produjo la afectación a la 'defensa procesal' como lo denomina la contraria. Pese a ello, ¿cuál es su pretensión?: ¿la nulidad del proceso! ¿No existe acaso el recurso previsto en el ordenamiento procesal ordinario? ¿No han hecho valer, los demandantes, los medios impugnatorios contra las sentencias?⁷.

Este Tribunal estima imperativo advertir que estos problemas de argumentación no solamente quedan a nivel de los demandados, sino también se presentan en las resoluciones emitidas por los magistrados constitucionales. El juez de primera instancia señala también que 'la Ejecutoria Suprema se ha expedido en el ámbito de un proceso regular', toda vez que su pretensión es una valoración jurídica de los hechos materia del recurso de nulidad, y de esta forma los juzgadores llegaron a la plena convicción de la responsabilidad de los acusados⁸. La Sala Superior, por su parte, respecto a la sentencia impugnada, precisa que:

(...) se aprecia que tal pronunciamiento judicial ha sido producto de un proceso penal regular seguido en su contra, al interior del cual tuvieron la posibilidad de ejercer todo el conjunto de derechos y facultades con las que se hallaban investidos a fin de demostrar su inocencia y en el cual no se advierte vulneración alguna a sus derechos como alegan (...)⁹.

De ello que se puede observar que, tanto los demandados como los juzgadores judiciales han determinado que no se ha afectado de la tutela procesal efectiva por considerar que el proceso ha sido llevado de manera regular, respetándose el derecho a la defensa o la pluralidad de instancias. Sin embargo, no se realiza argumentación alguna del por qué el examinador llega a esta conclusión.

10. Según el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que

⁴ Toma de declaración de los vocales supremos, señores Pastor Adolfo Barrientos Peña (fs. 119 del Expediente), Hugo Príncipe Trujillo (fs. 123 del Expediente) y José María Balcázar Zelada (fs. 126 del Expediente).
⁵ Toma de declaración de vocal supremo César Javier Vega Vega (fs. 125 del Expediente).
⁶ Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).
⁷ Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).
⁸ Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 166, 167 del Expediente).
⁹ Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b, 232 del Expediente).

se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

Además de considerarla como principio y garantía de la administración de justicia, este Colegiado ha desarrollado su contenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, donde se precisó que lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Además, en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0791-2002-HC/TC y N.º 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar). Lamentablemente, nada de esto se cumple en las resoluciones emitidas en los órganos jurisdiccionales que han resuelto el presente hábeas corpus, puesto que ni siquiera se ha respondido a las pretensiones de los recurrentes.

Aparte de la violación de la debida motivación, no puede permitirse ligerezas de este tipo en un Estado social y democrático de derecho, máxime si la vigencia efectiva de los derechos constitucionales es el fin esencial de los procesos constitucionales, tal como lo señala el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En tal sentido, tampoco puede considerarse como adecuado razonamiento de la judicatura de que no pueda criticarse lo resuelto en el Poder Judicial por estar dentro del marco de las atribuciones judiciales. No puede alegarse tal inexistencia de violación sin que se desvirtúen específicamente los argumentos que los recurrentes alegan. Responder judicialmente de esta manera significa confeccionar en la sentencia un simple eufemismo procesal. No puede aceptarse que, al momento de administrar justicia, se señale que no existe vulneración a la tutela judicial efectiva porque se observa la existencia de un indeterminado 'proceso regular', sin que se explique por qué ni cómo éste es 'regular', pues es justamente esta 'regularidad' la que está siendo materia de control por la judicatura constitucional, y una falta de respuesta motivada al respecto constituye un ejercicio contrario a la función de administrar justicia. Quien demanda debe demostrar la irregularidad (máxime si se toma en cuenta la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales prevista en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional), y quien sentencia,

descartarla o acreditarla, pero siempre asumiendo la presunción de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales.

11. Por ello, es necesario que este Colegiado analice cada uno de los argumentos vertidos por los demandantes respecto a la vulneración de la tutela procesal efectiva en el proceso penal seguido en su contra, básicamente en la sentencia emitida por la Corte Suprema.

El estudio concreto de las dos violaciones aducidas (falta de análisis de las pruebas o carestía de observación de los medios de defensa) podrá franquear una conclusión conveniente respecto a lo pedido por los demandantes. Si el requerimiento es aceptable, podrá declararse fundada la demanda, sin que ello signifique una intrusión en los fueros judiciales. Pero si, por el contrario, lo solicitado tiene por finalidad concretar una artimaña jurídica, no sólo se podrá declarar infundada la demanda, sino que incluso se podría tratar de poner un coto a ejercicios procesales abusivos de este tipo.

Pero lo que no puede permitirse –conviene insistir–, es que sin que se efectúe un análisis de fondo se llegue a conclusiones apresuradas que no hacen bien al fortalecimiento de la justicia en el país. Por ende, debe responderse directamente y con exactitud cada uno de los argumentos esgrimidos por los demandantes.

B. EL ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS EN EL PROCESO PENAL

12. Los recurrentes alegan que durante el desarrollo del proceso penal en que se les sanciona por su responsabilidad en el delito de violación de intimidad, se ha vulnerado su derecho a probar:

Cuando en las instructivas negamos la imputación de delito de violación de la intimidad, postulamos como defensa material el hecho del asesoramiento legal en la realización del trabajo periodístico de las Prostivedettes, incluso señalando los nombres de los abogados que nos brindaron la opinión jurídica. Técnicamente ofrecimos medios de investigación o pruebas testimoniales que debieron ser admitidos y actuados por el Juez Penal respetando nuestro derecho a probar¹⁰.

Es decir, aducen que ofrecieron medios probatorios pero que en el Poder Judicial tales no sólo no fueron analizados correctamente, sino que, peor aún, no fueron admitidos o fueron rechazados. En ello radicaría la principal vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva. Frente a ello, la Procuraduría Pública del Poder Judicial señala que no existe vulneración alguna respecto a este derecho, sino que una argumentación de este tipo lo que refleja es un interés para que nuevamente se evalúen los aspectos de fondo de la responsabilidad penal¹¹.

Entonces, para determinar con claridad la existencia de la violación a la probanza, se debe analizarse específicamente cuál es el contenido constitucionalmente protegido

¹⁰ Demanda de hábeas corpus (fs. 13 del Expediente).

¹¹ Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 158 del Expediente).

de este derecho, para advertir si dentro de él se encuentra comprendida la supuesta vulneración planteada.

§I. El sentido constitucional del derecho a la prueba

13. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N.º 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

14. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción, de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Éste es el enunciado utilizado en el artículo 2º, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11º, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14º, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8º, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aún así, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconozca, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

[Handwritten signature and notes in blue ink, including a large flourish and several lines of text.]

15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200° de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, *contrario sensu*, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-AA/TC.

Por ello, y a efectos de resolver el presente caso, corresponde ir fijando cuáles son los supuestos del derecho a la prueba que merecen ser tutelados a través de un proceso constitucional a la libertad.

16. Para lograr este cometido, se debe partir del derecho que engloba a la prueba. Es el derecho a la tutela procesal efectiva, uno que también debe ser determinado correctamente en el terreno constitucional. La vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si es que ella implica una infracción de las garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable. Por ello, atañe a este Colegiado restringir la protección de la tutela

procesal efectiva a determinados supuestos, excluyéndose aquéllos que no están relacionados directamente con el ámbito constitucional del derecho.

Una muestra de este trabajo interpretativo se encuentra en lo desarrollado con relación al derecho a la defensa. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el mismo tiene aspectos que no inciden en el contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva y que, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de protección en estos procesos. En la sentencia del Expediente N.º 3914-2004-HC/TC, se expresa lo siguiente:

(...) si bien se demuestra una cierta limitación del derecho de defensa de la persona, no es la sede del hábeas corpus la pertinente para criticar tal acto. Tal limitación no es una restricción que afecta bienes constitucionales.

Por ende, en el derecho-regla a la prueba, este Colegiado está en la capacidad de delimitar y circunscribir cuál es su ámbito de protección en sede constitucional. Veamos cómo se puede ir estableciendo éste.

§2. La supuesta vulneración del derecho a la prueba

17. Un componente básico para el control jurisdiccional solicitado es determinar el acto que constituye la vulneración del derecho fundamental. En el caso concreto, los recurrentes advierten una doble violación: una falta de respuesta respecto a su admisión y una inadecuada calificación como "prueba inútil".

Cabe recordar que las transgresiones alegadas tienen su origen en un mismo hecho. Se trata de la postulación realizada por los actores de un medio probatorio. Éste se refiere a la declaración de testigos, y en virtud del cual consideran que se pudo haber evidenciado la existencia de informes jurídicos previos a la emisión del vídeo materia del control penal, que opinaban por la legalidad de su propalación.

18. En primer lugar, se encuentra la falta de respuesta. No obstante haberse ofrecido el medio probatorio de la declaración de testigos, que según los querellados era parte importante para su defensa, los juzgadores ni los admitieron ni los rechazaron. Esto sucedió tanto en primera como en segunda instancia. En las dos sentencias emitidas no se hace mención alguna a la declaración ofrecida.

Según los demandantes del proceso de hábeas corpus, estas resoluciones constituyeron el mejor ejemplo de vulneración de un derecho fundamental:

(...) ni el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la Sexta Sala Penal Superior, ni la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, han argumentado que no se admitieron y actuaron los medios de investigación o prueba que ofrecimos por el vencimiento del plazo probatorio (...)¹².

Es decir, pese a la obligación exigible a cualquier juzgador de resolver un pedido realizado por un justiciable, no se dio respuesta en el plazo correspondiente.

¹² Demanda de hábeas corpus (fs. 15 del Expediente).

[Handwritten notes and signatures in blue ink on the left margin, including a large flourish and several smaller marks.]

Para contradecir esta evidencia de vulneración, el representante del Poder Judicial explica la razón de esta falta de contestación. Si bien concluye en que todo magistrado está en la facultad de admitir los medios probatorios que considere pertinentes para valorarlos en la sentencia, y de esta manera sustentar su razonamiento jurídico, su principal razón consiste en que:

(...) no se expidió una resolución que admitiera o denegara directamente este medio probatorio y no ocurrió por un hecho muy simple, nos encontrábamos en aquella oportunidad en un proceso especial, en una sumaria investigación señala el Código (...). Si bien es cierto en aquel proceso no se respetaron estrictamente los plazos, se trató de expedir una sentencia en un tiempo corto y razonable, así efectivamente se hizo en cinco meses, once días (...)¹³.

Además, refiere que, al tratarse de un proceso de naturaleza especial, con plazos expeditivos, los plazos prescritos son cortos, por lo que sólo correspondía hacer una valoración de la prueba ofrecida al momento de sentenciar en la Corte Suprema.

En pocas palabras, no se respondió a lo solicitado por los demandantes aduciendo que el proceso no podía demorar mucho tiempo, tomando en cuenta para ello la celeridad exigida en el proceso penal sumario.

19. En segundo lugar, luego de no haber sido ni admitida ni rechazada la prueba ofrecida, en la Corte Suprema se señaló claramente la inconveniencia de un medio probatorio como es la declaración de los testigos del caso concreto.

Así, en la máxima instancia judicial se consideró que la prueba presentada por los querrelados en el proceso penal era, casi, una prueba inútil:

Ante la presencia de tal calidad de elementos probatorios, se declara improcedente la denuncia sobre del derecho a probar la falta de antijuricidad de los hechos. Ante tal dimensión de evidencias, la existencia o no de una consulta jurídica favorable que dicen los denunciados haber obtenido previamente a la prolación del video, en nada hará cambiar el sentido de la presente resolución al estar acreditada la manera provocada, vejatoria e innecesaria con la que se ha actuado (malicia calificada)¹⁴.

Sin embargo, los recurrentes alegan que los medios probatorios presentados no pueden ser considerados como una prueba inútil, precisando que el rechazo de la prueba invocando su inutilidad, asumiendo que la defensa de los procesados es equivocada, supone adelantar en la etapa probatoria el juicio que debe efectuarse en la fase de sentencia¹⁵. Frente a este argumento, el *ad quem* constitucional considera que la actuación del juzgador penal se ajustó a una correcta valoración probatoria, máxime si los medios probatorios ofrecidos no eran necesarios para determinar su responsabilidad penal¹⁶.

¹³ Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

¹⁴ Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N° 3301-04 (fs. 94 del Expediente).

¹⁵ Demanda de hábeas corpus (fs. 20 del Expediente).

¹⁶ Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b del Expediente).

De lo expresado, queda claro que se tiene que determinar si un juez como el del proceso penal está en la capacidad de considerar una prueba como inútil, y si ello termina vulnerando, o no, el derecho a la prueba por parte de los demandantes.

20. Tanto porque los juzgadores no admiten una prueba postulada, como porque la califican como inútil, los recurrentes han considerado que la vulneración alegada se centra en que, a su entender, se les impidió invocar una circunstancia de la pena privilegiada, la del error de prohibición vencible, figura prevista en dos normas del Código Penal: los artículos 14º, último párrafo, y 21º¹⁷. Este Colegiado debe insistir en que no es objeto de la presente sentencia señalar si, en efecto, el error de prohibición se encontraba debidamente acreditado en autos, sino tan sólo determinar si la omisión de consentir el recibo de determinadas testimoniales constituye una vulneración del derecho a la prueba.

Ahora bien, lo que buscaron atacar los propios actores con esta postulación probatoria, según ellos mismos afirman, era el establecimiento de su inculpabilidad. Este principio, si bien no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución (de forma tácita se presenta en el artículo 2º, inciso 24, acápite e), se trata de uno implícito que limita la potestad punitiva del Estado.

La esencia de la culpabilidad no reside (...), sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (...). El principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: (...) Se debe reconocer el error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuricidad (...)¹⁸.

Asimismo, este Tribunal concuerda con la doctrina cuando se señala que:

(...) Conforme a la naturaleza de la culpabilidad -y de la inculpabilidad- la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades¹⁹.

Independientemente de la postulada conexión entre error de prohibición y culpabilidad (por no ser materia de un proceso constitucional), este Tribunal buscará contrastar si los dos actos aducidos por el recurrente para sustentar la violación de la prueba en el proceso penal vulneran el derecho constitucional a la defensa alegada por los recurrentes.

§3. Elementos de análisis respecto a la prueba ofrecida

21. Una de las manifestaciones del derecho a probar se encuentra en la presentación de testigos, figura que es totalmente aplicable al caso concreto.

Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14º, inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el

¹⁷ Demanda de hábeas corpus (fs. 38 del Expediente).

¹⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal – Parte General*. Lima, Ara, 2004. p. 160

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal – Parte General*. 2ª Ed. Buenos Aires, Ediar, 2002. p. 728.

artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, durante todo el proceso:

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Sin embargo, como todo derecho, éste tampoco es ilimitado o irrestricto, sino que debe estar sujeto a las propias líneas divisorias que en la normatividad se desarrollan. Pero, ¿qué se ha dicho respecto a la postulación probatoria en el proceso penal sumario, como es el caso de autos?

Para llegar a una respuesta adecuada, es necesario conciliar lo que el ordenamiento jurídico estima necesario para proteger el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba y los hechos existentes en el caso sometido a control constitucional. Para cumplir este objetivo, surgen diversas aristas que pasamos a explicar a continuación.

3.a. Eficacia de la prueba

22. Su importancia radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración.

El Tribunal Constitucional español (la N.º 33/1992), en una sentencia atinente concretamente a la denegación de medios probatorios, ha señalado que:

(...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal como se puede observar, para que la que prueba ofrecida por un inculpado tenga un grado de eficacia tal que pueda ser admitida en un proceso, debe presentar elementos de juicio irrefutables a la luz de la responsabilidad penal atribuida.

23. Como premisa básica, la presentación de testimoniales por parte de los querellados resulta ser una prueba inútil. Ella en sí misma no permite establecer la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar o verificar con su ofrecimiento o actuación, que es, finalmente, la capacidad de reacción normativa y la internalización de la norma por parte del sujeto.

Justamente, se ha señalado que la prueba del error de prohibición versa:

(...) sobre si el sujeto es responsable de la ausencia de motivación conforme a derecho (...). A esa conclusión difícilmente puede llegarse a partir de una prueba directa distinta de las propias manifestaciones del acusado, de modo que si el propio sujeto invoca

[Handwritten blue ink scribbles and lines on the left margin, including a large curved line and several smaller marks.]

error, sólo una manifiesta contradicción a partir de máximas de experiencia puede hacer decaer su propia declaración al respecto (...)²⁰.

En el presente caso, como se ha podido establecer, la parte demandante pretendió acreditar que incurrió en error de prohibición con la postulación de un medio probatorio que parece no cumplir con el nivel de validez exigido. En realidad, la actuación de las testimoniales no hubiera llegado a asegurar la existencia del error de prohibición. Lo único que se hubiera llegado a expresar es el hecho de que el asesor legal externo de Frecuencia Latina y también el asesor legal interno emitieron un informe favorable, pero no que hubo un error subjetivo de apreciación al momento de cometer el delito.

[Handwritten notes in blue ink, including a large 'M' and other illegible scribbles.]

- 24. En este sentido, es ilógico que se planteen como medio probatorio, la declaración de testigos, si bastaba con presentar un informe escrito sobre el tema requerido. Para probar realmente la existencia de un estudio jurídico previo sobre la materia (sobre si la prostitución clandestina estaba o no tutelada por el derecho a la vida privada), no era preciso mostrar declaraciones, sino, por el contrario, mostrar documentos. Durante la audiencia pública realizada en la sede de este Tribunal, se formuló a los recurrentes una pregunta al respecto; ¿por qué era necesaria la declaración de dos personas: el asesor legal y el representante del canal, si bastaba con haber presentado el informe externo? La respuesta reflejaba su indecisión sobre este aspecto:

Por lo siguiente, primero no había un informe escrito, no existía un informe escrito, por eso es que se ofrece la prueba testimonial y lo que se iba a testimoniar en ese momento es que antes de la difusión de ese video, se consulta a estos profesionales y olvidaba un tercer testimonio que es incluso el administrador del canal de ese entonces. Entonces, esta es la prueba que se ofrece al momento de la declaración de instructiva que tranquilamente se pudo haber admitido su actuación y de repente en la valoración no creerle, pero, el problema señor vocal es que no se admite la prueba, no se señala la razón de su no admisión, ni siquiera se notifica y, en la Corte Suprema se dice, no sea admitida porque no tenía la razón, eso me parece que lesiona frontalmente el derecho a probar²¹.

No es creíble la versión planteada por el abogado de los demandantes respecto a que tanto el abogado externo como el interno presentaron informes, pero solamente verbales. En un proceso judicial no es consistente una argumentación como la vertida. Asumir esta posición coadyuva a considerar adecuada la respuesta de la judicatura respecto a la postulación probatoria denegada.

- 25. Un último punto al respecto. El delito por el que fueron sentenciados los recurrentes en la querrela por delito contra la intimidad, está prescrito claramente en el artículo 154º del Código Penal:

²⁰ PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima, Grijley, 2005. pp. 164, ss.

²¹ Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

En tal configuración, el delito no sólo se restringe a la responsabilidad por captar imágenes, sino que avanza hasta la difusión de las mismas. Fue en cuanto a la difusión que los recurrentes solicitaron los informes respectivos, pero también fluye de autos que respecto a captar imágenes no hubo informe alguno que supuestamente lo autorice. Es decir, así se hubiese comprobado la existencia de un informe, ello no hubiera podido exculpar o disminuir la responsabilidad de los querellados respecto al momento en que se preparó y se filmó el acto sexual de la querellante.

3.b. Momento de postulación de la prueba

26. Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido. El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos²².

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se

²² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Lima, Grijley, 2003, p. 817.

encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

- *Utilidad:* Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- *Licitud:* No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- *Preclusión o eventualidad:* En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias.

27. Según el proceso establecido en el Código de Procedimientos Penales para el procesamiento de delitos que son objeto de persecución privada (artículos 302° y siguientes), en caso de no haber conciliación en la audiencia de comparendo, el juez examinará al querellante, al querellado y a los testigos de ambas partes, en la forma que el propio Código indica.

Asimismo, es de observarse que, conforme al artículo 303° del Código de Procedimientos Penales, la documentación existente, así como los testigos y peritos que hubiere, serán examinados en la misma audiencia conjuntamente con las partes:

El juez instructor citará al querellado mediante cédula, expresando en ella el delito que se le imputa, el nombre de los testigos ofrecidos, el de los peritos nombrados, si los hubiere, y el día y hora en que deben comparecer juntos, querellante, querellado, testigos y peritos. Estos últimos, con su respectivo dictamen. En la misma cédula se expresará que el querellado tiene derecho para llevar hasta tres testigos que rectifiquen los hechos imputados, o demuestren la parcialidad de los testigos ofrecidos por el querellante, y si hay prueba pericial, un perito que discuta los dictámenes de los peritos judiciales o los presentados por el querellante. A esta cédula se acompañará una copia de la querella.

Como es de verse, la oportunidad para ofrecer testimoniales o cualquier otro medio probatorio en un procedimiento de querrela es antes de la audiencia, ya que es en

ella cuando tendrá lugar su actuación. Pero, ¿cuándo se presentó el medio probatorio en el proceso penal seguido contra los querellados?

28. Se ha alegado que la postulación se produjo cuando las instructivas fueron realizadas. De lo que se puede observar de ellas es que, básicamente, lo que los recurrentes señalan son datos necesarios para ejercer su derecho a la defensa. Nada más. En su declaración, los dos inculcados coincidieron en señalar que:

(...) luego de consultar con los asesores internos legales del canal encabezados por el doctor Leopoldo Valdez, quien a su vez realizó una inter consulta con el asesor legal externo del canal, el doctor Rolando Souza, luego de recibida la asesoría legal necesaria para evitar que violemos algún tipo de ley, decidimos emitir el informe²³.

Lo que se puede colegir de esta manifestación judicial no es que se esté ofreciendo medio probatorio alguno, sino tan sólo que se está relatando un hecho particularmente necesario para su defensa. No se puede concluir, de ninguna manera, en que a través de esta declaración los recurrentes -querellados, en su momento-, postularon un medio probatorio.

Situación distinta se advierte cuando se presentó un escrito ante el juzgador penal en el que sí, con claridad, se ofrece un medio probatorio:

Como acto probatorio de parte destinado a demostrar la verdad de los hechos que forman mi defensa material, aporto los siguientes medios probatorios: 1.- Medios probatorios: a) La declaración testimonial de don Emilio Leopoldo Valdez Castañeda (...) b) La declaración testimonial de don Mendel Percy Winter Zuzunaga (...). 2.- Significado probatorio del acto de defensa.- El objeto de los testimonios ofrecidos tiene por finalidad acreditar que dado el interés público de la investigación periodística que motivó la difusión del informe se decidió emitirlo al aire previa consulta con el apoderado especial del canal y abogados externos de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.²⁴.

De esta forma se consolida la idea de que existe un medio probatorio ofrecido por los demandantes que debió ser observado por el juzgador penal recién a partir del 12 de mayo de 2003.

Entonces, pese a que, según la normatividad procesal penal, en el proceso penal de autos el plazo para postular medios probatorios (la comparecencia de testigos es uno de ellos) era antes de la audiencia realizada el día 28 de enero de 2003, recién se realizó el pedido casi cinco meses después. Del propio escrito de demanda fluye que los accionantes realizaron el ofrecimiento probatorio -cuya inadmisión y consiguiente imposibilidad de actuación se cuestiona- fuera del plazo establecido por ley, perdiendo así toda oportunidad para ofrecer dicho medio probatorio, ya que las testimoniales, de haber sido ofrecidas, debieron haber sido actuadas en la misma audiencia en la que el juez examinó a los querellados.

²³ Instructivas de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente) y de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).
²⁴ Escrito N.º 25 de la defensa, recibido el 12 de mayo del 2003 (fs. 71, 72 del Expediente).

29. En conclusión, debe enfatizarse que, si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aún en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución). Todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125° del Código de Procedimientos Penales, el mismo que determina que si el inculcado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve.

[Handwritten notes and scribbles in blue ink on the left margin, including a large 'd' and other illegible marks.]

El hecho que aducen los recurrentes no puede ser apreciado como una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva en el ámbito relacionado con el derecho a probar. No puede haber violación de este derecho básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque el medio probatorio fue postulado fuera de los plazos legales para hacerlo, por lo que era incorrecto que el juzgador lo aceptase. En segundo lugar porque, finalmente, el propio Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, subsanó la deficiencia formal en que habían incurrido los juzgadores de primera y segunda instancia al no pronunciarse al respecto, considerando acertadamente que tal prueba era irrelevante.

Por ello, es oportuno subrayar que lo pedido por los recurrentes no se inserta en el contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, motivo por el que este extremo de la demanda se inserta en lo prescrito por el Código Procesal Constitucional en el artículo 5°, inciso 1, y debe ser declarado improcedente.

C. EL ARGUMENTO DE DEFENSA RESPECTO AL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD

30. Además de aducir la violación del derecho a la prueba, los recurrentes refieren que, en el proceso penal seguido en su contra, se ha afectado su derecho a la defensa, precisando los siguientes motivos:

Desde la fase de instrucción del proceso penal hemos alegado como argumento de defensa técnica la atipicidad del hecho por el que se nos atribuye ser autores de delito contra la intimidad, porque los actos de prostitución clandestina, por ser ilícitos, no se encuentran dentro del ámbito de protección del bien jurídico intimidad. Este argumento de defensa técnica no ha sido tratado o considerado en las sentencias dictadas en las 3 instancias de la causa penal (...)²⁵.

En la sentencia de primera instancia del proceso penal, el juzgador reseñó claramente cuál era la estrategia de defensa utilizada por la defensa de los recurrentes: que la prostitución clandestina, por constituir un ilícito administrativo, no se encuentra dentro de la esfera de la vida privada; y que la conducta realizada se encuentra justificada en la medida que los querellados actuaron en el ejercicio

²⁵ Demanda de hábeas corpus (fs. 43 del Expediente).

regular de la libertad de información²⁶. Pese a tal reconocimiento, los ahora recurrentes alegan que la vulneración de la defensa técnica se produjo cuando se les impidió vindicar su acción, obstaculizando la comprobación de la existencia de la mencionada prostitución clandestina²⁷.

En consecuencia, lo que corresponde determinar en este punto de la sentencia es si los argumentos de defensa esgrimidos por los querrelados del proceso penal debieron ser analizados obligatoriamente por el juzgador al momento de resolver, o si por el contrario, tenía éste la posibilidad de desconocerlos cuando redactó su sentencia.

§I. La defensa técnica como derecho

31. La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139°, inciso 14, la existencia de

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14°, inciso 3, acápite "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8°, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

32. Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N.º 237/1999, que

(...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le

²⁶ Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 80 del Expediente).

²⁷ Recurso de agravio constitucional en el proceso de hábeas corpus (fs. 250, 251 del Expediente).

sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión 'material' y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial.

Por ende, queda claro que también corresponde determinar si lo que están alegando los demandantes se puede considerar como una forma de vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

- 33. Para comprobar la vulneración de la defensa técnica, los recurrentes solicitan que este Colegiado reexamine el criterio vertido por el órgano jurisdiccional respecto al carácter de la prostitución clandestina, presumiendo que sólo así se podrá determinar que no existe violación de la vida privada si existe un ilícito de por medio. Ante ello, este Colegiado reitera el pleno respeto de la independencia judicial al momento de resolver, de modo que únicamente determinará si los juzgadores observaron, o no, los argumentos de defensa presentados. No se pronunciará ni emitirá reflexión alguna respecto a lo que decidió la Corte Suprema en este caso, puesto que ello implicaría que resuelva como una instancia judicial ordinaria. Cabe resaltar que según el artículo 138° de la Constitución,

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...).

Una norma de este tipo sólo puede significar respeto pleno de las resoluciones judiciales y que ningún otro órgano puede afectarlas, ni siquiera el Tribunal Constitucional, a no ser que haya vulneración de algún derecho fundamental, situación en la cual la proscripción prevista en el segundo párrafo del artículo 139°, inciso 2 de la Norma Fundamental cedería ante la posibilidad de interponer una demanda de algún proceso constitucional, según lo permite el artículo 200°.

Ahora bien, a grandes rasgos y *prima facie*, lo que se advierte es que en las tres sentencias emitidas en el Poder Judicial sí se observaron los argumentos de defensa pero no se creyó conveniente asumirlos como válidos para resolver el caso. En cada una de las instancias, los juzgadores establecieron que era irrelevante averiguar la existencia de prostitución ilegal, pues ello no era objeto de juzgamiento, lo que en cierta forma ha terminado confirmando que en su criterio la vida privada de las personas no tiene relación alguna con la finalidad con la que realizan sus actos.

- 34. Pese a lo que se acaba de determinar, este Colegiado reseñará algunos parámetros constitucionales sobre los derechos que estuvieron en juego en el proceso judicial penal sometido a control constitucional, por ser ello necesario en virtud de la profilaxis interpretativa que corresponde al Tribunal Constitucional en su calidad de órgano supremo de interpretación de la Norma Fundamental (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Ello no significa que se está volviendo a

[Handwritten notes and signatures in blue ink on the left margin, including a large flourish and several initials.]

resolver sobre el caso del fondo, sino únicamente, que se analizará la decisión judicial en el extremo planteado en la demanda, toda vez que sólo así se desvirtuará, o validará, la tesis esgrimida por los recurrentes, además de sentar las bases conceptuales para el estudio de derechos fundamentales poco desarrollados jurisprudencialmente.

Asimismo, se pondrá énfasis en que los jueces, como miembros partícipes del Estado, deben cumplir con las obligaciones que la propia Constitución reconoce en el artículo 44º: una de ellas referida a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Frente a ello, al ser el órgano de control de la Constitución, según lo previsto en el artículo 201º de la propia Norma Fundamental, este Tribunal está capacitado para resguardar el respeto de los derechos fundamentales de las personas. En los siguientes puntos, se tratará de insistir en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a la información y a la vida privada, para que a partir de allí se pueda realizar un juicio de ponderación respecto al vídeo propalado en el programa Magaly TV. Gracias a este estudio, se determinará en el último extremo y dentro de los márgenes que impone la presente demanda de hábeas corpus, si hubo, o no, vulneración del derecho a la defensa técnica.

§2. La urgencia de definir los ámbitos de los derechos a la información y a la vida privada

35. Sólo se podrá analizar la supuesta afectación del derecho a la defensa de los recurrentes, si previamente se ubica correctamente el reconocimiento judicial de la existencia de prostitución en la relación entre derechos fundamentales de los querellados y la querellante.

Al respecto, los recurrentes buscaron ejercer, al momento de emitir el reportaje mencionado, su derecho a la información. Sin embargo, a partir de un inadecuado ejercicio de éste, el Poder Judicial determinó su responsabilidad por la afectación de la vida privada, toda vez que ésta aparece como un límite a tal derecho. Pero, ¿qué habrá de entenderse por derecho fundamental a la información? Constitucionalmente, se ha previsto que toda persona puede emitir las noticias que considere pertinentes, configurándose lo que se conoce como el derecho a la información. En tal sentido, en el artículo 2º, inciso 4, se ha admitido la existencia del derecho a la libertad de información. Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19º, inciso 2, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo IV, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13º, inciso 1, reconocen el derecho a la investigación, recepción y difusión de las informaciones.

Como todo derecho fundamental, la información posee un elemento constitutivo que le da sentido a su tutela constitucional, componente conocido como su contenido esencial, concepto cuyo desarrollo se puede encontrar en la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros, donde se desarrolla una idea institucional del mismo. En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente N.º 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la

[Handwritten notes and scribbles in blue ink on the left margin, including a large 'M' shape and various lines.]

veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información.

Entonces, solamente se debió ingresar a analizar la afectación de la vida privada de la querellante si se comprobaba la veracidad de la información. Caso contrario, ni siquiera se podría mencionar la existencia de un ejercicio del derecho a la información. Si bien no hay dudas respecto a la autenticidad de las imágenes presentadas (nunca la querellada las criticó), la veracidad del reportaje emitido en el programa Magaly TV no se puede considerar una parte del derecho a la defensa, sino simplemente el cumplimiento de lo mínimo que se le podría exigir a un programa de índole periodística.

36. El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia.

Es importante que en el ordenamiento internacional se haya determinado la existencia de límites a los derechos comunicativos. En tal sentido, tanto el artículo 19º, inciso 3, acápite a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13º, inciso 3, acápite "a" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisan que el ejercicio del derecho a la información 'entraña deberes y responsabilidades especiales', por lo que está sujeto a una restricción como es la de asegurar

(...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

En el ámbito constitucional, se ha prescrito respecto al derecho a la información, como parte del artículo 2º, inciso 4, que los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social se encuentran tipificados en el Código Penal, sancionándose *ex post* la afectación a un derecho fundamental, y reconociéndose de manera explícita un límite externo en la vida privada.

De otro lado, sobre la base del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la vida privada de las personas aparecerá como límite al derecho a la información, en el sentido que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro. Así, y tomando en cuenta su naturaleza de derecho-principio de ambos, se buscará la optimización de sus contenidos. Por ende, es imprescindible determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación.

[Handwritten notes and scribbles in blue ink on the left margin, including a large stylized 'd' and other illegible marks.]

37. La vida privada de las personas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

Lo importante de dotar de un contenido constitucionalmente protegido a la vida privada en el presente caso se centra en que los recurrentes aseveran que la violación a su derecho a la tutela procesal efectiva, en el sentido de derecho a la defensa técnica, se basa en una consideración equívoca. Debe determinarse, por tanto, si dentro del derecho a la vida privada se puede dejar de abrigar un ámbito como el de la prostitución clandestina, máxime si el Poder Judicial ya tomó una decisión clara y concreta, al considerar que sí la protege.

En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2º, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2º: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros. Y pese a que el desarrollo constitucional de la materia es disperso, lo cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos le da cierta coherencia y unidad. Así, en el artículo 12º se sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, motivo por lo cual se expresa el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Un planteamiento similar se puede encontrar en el artículo 17º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre todo incisos 2 y 3). Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.

Como se observa, existe disimilitud de conceptos entre la normatividad nacional e internacional, que por ello exige su reconducción hacia un criterio unitario, básicamente planteado a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional. Básicamente planteamos que el derecho-principio reconocido es la vida privada, y la intimidad, uno de sus derechos-regla.

38. Con respecto al bien jurídico tutelado en la Constitución, no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar.

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido



positivo. Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad)²⁸, se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño²⁹. De esta forma se ha llegado a definirla, argumentando su faz positiva, como

(...) el reducto de lo personal no encuentra su confin en la cárcel de la propia individualidad (...) sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados)³⁰.

En la jurisprudencia tampoco se ha rehusado la posibilidad de definir un concepto como éste. Este Colegiado ha señalado, a través de un fundamento de voto en la sentencia del Expediente N.º 0072-2004-AA/TC, que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2º inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo.

Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso von Hannover c. Alemania (*Application* N.º 59320/00), del 2004, estableció que

(...) la importancia fundamental de la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad que tiene todo ser humano. Esa protección (...) se extiende más allá de círculo privado familiar e incluye también la dimensión social. El Tribunal considera que cualquier persona, aun si es conocida por el público, debe poder gozar de una 'legítima expectativa' de protección y respeto de su vida privada.

De ello se concluye que únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírsele.

La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que

²⁸ WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS *El derecho a la intimidad (The Right to Privacy)*, 1890). Madrid, Cívitas, 1995. pp. 24, ss.

²⁹ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982. p. 52.

³⁰ ZAVALA DE GONZALES, Matilde. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982. p. 82.

habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2º, inciso 9 de la Norma Fundamental.

39.

En el presente caso, el ámbito de la vida privada que estaría siendo objeto de violación es la intimidad personal, zona que también merece protección superlativa a través del tipo penal descrito en el artículo 154º del Código Penal. En ella, la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social³¹. Como lo señala este Colegiado en su sentencia del Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, es el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas.

De esta forma, la intimidad protegía todo acto dentro de un espacio personal de la querellante, como puede ser las relaciones sexuales que practique, con prescindencia de la motivación o la causa de dicho hecho. Queda claro, entonces, que su derecho a la vida privada sí protegía la posibilidad de evitar que otros se inmiscuyan y reproduzcan en un canal de televisión los actos sexuales que realizó. Sin embargo, esto no quiere decir que, si se presenta un ilícito, la investigación periodística que se realice no puede estar también protegida, haciendo disminuir la protección del contenido accidental del derecho a la vida privada de la persona. Pero, sobre la base objetiva del contenido esencial de cada uno de los derechos en juego (vida privada e información), se efectuará a continuación un análisis ponderativo para comprobar si la judicatura ordinaria analizó correctamente, o no, el medio de defensa utilizado por los querrellados respecto a la existencia, o no, de prostitución clandestina.

De esta forma, la intimidad protegía todo acto dentro de un espacio personal de la querellante, como puede ser las relaciones sexuales que practique, con prescindencia de la motivación o la causa de dicho hecho. Queda claro, entonces, que su derecho a la vida privada sí protegía la posibilidad de evitar que otros se inmiscuyan y reproduzcan en un canal de televisión los actos sexuales que realizó. Sin embargo, esto no quiere decir que, si se presenta un ilícito, la investigación periodística que se realice no puede estar también protegida, haciendo disminuir la protección del contenido accidental del derecho a la vida privada de la persona. Pero, sobre la base objetiva del contenido esencial de cada uno de los derechos en juego (vida privada e información), se efectuará a continuación un análisis ponderativo para comprobar si la judicatura ordinaria analizó correctamente, o no, el medio de defensa utilizado por los querrellados respecto a la existencia, o no, de prostitución clandestina.

§4. La ponderación entre la información y la vida privada

40.

Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

³¹ CARRANZA, Jorge A. *Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad.* Buenos Aires, Lerner, 1975. p. 41.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos).

4.a. La razonabilidad de la medida

- 41. La razonabilidad es un estándar de control de una acción que, como en el caso concreto, está referido a la emisión de imágenes respecto a los actos sexuales cometidos por la querellante con otro sujeto. Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido.

4.a.i. El juicio de adecuación

- 42. A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arrije debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1º (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que ésta sea. Por tanto, ¿es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina? Este Colegiado considera que no. La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Lawrence c. Texas, del 2003 (se trata de un caso en que hubo una intervención estatal a un domicilio en el cual dos personas practicaban relaciones homosexuales), también está en la misma línea:

La libertad protege a la persona de intrusiones gubernamentales arbitrarias en una vivienda u otro lugar privado (...). El derecho de la libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad supone una autonomía de la persona que incluye libertad de pensamiento, credo, expresión y cierta conducta íntima. El presente caso involucra la libertad de la persona tanto en su dimensión espacial como en sus más trascendentes dimensiones.

- 43. En el caso de autos, el reportaje emitido en el programa Magaly TV, tal como había sido propalado, no respetaba de ningún modo a la persona sobre la cual versaba el mismo. Como se puede apreciar de su transmisión, no existe la más mínima

consideración por la querellante ni por su vida privada. Además, no se ha respetado la inviolabilidad de domicilio (artículo 2º, inciso 9º de la Constitución), derecho que protege también las actividades realizadas por una persona en la habitación un hotel. Independientemente del fin con el que se realiza el reportaje, lo importante en este punto es analizar si con él se respetaban los valores y principios previstos en la Norma Fundamental: ni la democracia se veía favorecida con un reportaje de este tipo y menos aún la dignidad de la persona podría ser argüida como sustento jurídico del mismo. Nada productivo para el Estado democrático y constitucional de derecho se ha de conseguir con el vídeo sobre 'Las Prostituedettes', ni con la emisión de imágenes que muestran partes íntimas de la querellante, máxime si los medios de comunicación social están obligados a colaborar con el Estado en la educación y formación moral y cultural de la nación, tal como lo precisa el artículo 14º, *in fine*, de la Constitución.

Queda claro, entonces, que la utilización del argumento de la prostitución clandestina no ayudaba ni ahondaba en nada en el tema de la adecuación de la medida realizada por los demandantes.

4.a.ii. El juicio de necesidad

44. El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada

(...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal³².

Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso.

45. La propia Corte Suprema, en el proceso penal seguido contra los demandantes, precisó que

(...) en el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad, pues el reportaje televisado 'Las Prostituedettes' exhibe a Mónica Adaro Rueda manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público. Más reprochable y desvalorada

³² SCHNEIDER (*State interest analysis in Fourteenth amendment 'privacy' law*), cit. por Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA. El derecho a la intimidad. En: "Revista Jurídica del Perú". Trujillo, año XLVIII, N.º 14 (ene. - mar. 1998). p. 92.

resulta la conducta sub examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado 'contacto' para que oficie de instigador³³.

Lo importante en un caso como éste es determinar si la própalación del reportaje en un canal televisivo de señal abierta era necesario para cumplir con el objetivo de informar, y si la forma en que éste se realizó se puede considerar como válida a partir de la búsqueda de protección de la vida privada de las personas. Por ello, este Colegiado se centrará en dos aspectos relevantes; el primero, relacionado con el tipo de imágenes emitidas y, el segundo, con la urgencia de descubrir una red de prostitución clandestina.

46. Un tema que vale la pena resaltar está referido al tipo de imágenes que el reportaje emitió. En primer lugar, debe tomarse en cuenta el momento en que se emitieron las imágenes: la transmisión se produjo a las nueve de la noche, horario en que se transmitía -y aún hoy se transmite- Magaly TV. En ese momento, ese horario era considerado ya de carácter familiar³⁴, y por lo tanto no era correcta la difusión de imágenes como las contenidas en 'Las Prostivedettes', máxime si, según el artículo 27° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, vigente en el momento en que se emitió el reportaje, se demandaba a los medios de radiodifusión que puedan

(...) difundir una programación que mantenga los principios formativos que relieven la dignidad eminente de la persona humana y la defensa de la familia como célula básica de la sociedad, así como los demás valores que proclama la Constitución Política del Perú como factores de integración, de identidad nacional y de pacificación.

Nada de lo previsto en esa norma fue respetado en la emisión del reportaje. Es más, se debió evitar la difusión de imágenes que puedan afectar algún derecho de las personas, tal como ocurre cuando se cubre el rostro de alguien (el ejemplo más clásico de ello es cuando aparece un menor de edad, o también cuando testifica alguien que no desea ser reconocido), ya sea tanto con su consentimiento o sin él, cosa que tampoco ha ocurrido en el caso de la querellante. Un discurso visual requiere, además de veracidad, ser necesario para cumplir su objetivo.

47. En el caso de autos se ha dicho que el reportaje buscaba demostrar una red de prostitución en el vedettismo nacional, y que para ello era necesario mostrar a una bailarina, como era la querellante, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal para hacerlo. Supongamos que estuviese permitida la filmación de la persona en la habitación de un hotel, tal como sucedió en este caso, ¿se faculta, aun así, que el medio de comunicación pueda mostrar las partes íntimas de la persona involucrada? En el vídeo presentado³⁵, se observa con claridad cómo la

³³ Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N° 3301-04 (fs. 98 del Expediente).

³⁴ Actualmente, en el artículo 40° de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278, se señala que el horario familiar "(...)" es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas".

³⁵ Vídeo del programa (anexado al Expediente).

[Handwritten notes and signatures in blue ink on the left margin, including a large signature and several initials.]

querellante se desnuda -sin saberlo- frente a la cámara, y son vistas sus partes más íntimas (zonas pudendas), sin que se busque evitar tal hecho. Las únicas imágenes cubiertas (a través de un cuadrado negro en la pantalla) fueron las del rostro de la persona que mantuvo relaciones con la querellante.

Queda claro, además, que no hubo consentimiento de la querellante para la filmación y menos para la difusión del vídeo del que fue parte, tal como se ha señalado *supra*, y esto hace aún más ilícito el reportaje.

48. Otro tema que se debe mencionar está relacionado con la ilegalidad aducida respecto a la prostitución no autorizada. He aquí el tema principal de la supuesta afectación del derecho a la defensa, pues se constituye como soporte del argumento presentado por los recurrentes en el proceso penal que se siguió en su contra, y que fue supuestamente desconocido por el juzgador.

Se considera, en el fondo, que los querellados actuaron de acuerdo a derecho, toda vez que presentaron un reportaje, haciendo uso de su derecho a la información, con el fin de descubrir una red de prostitución en la farándula limeña. Queda claro que la prostitución clandestina debe estar proscrita por ser un oficio no permitido en nuestro ordenamiento.

Al respecto, alegan los demandantes a través de su abogado, que la prostitución clandestina es un acto no aceptado en Derecho, por lo que habría que considerarlo como un ilícito o injusto administrativo³⁶. Por ello, a su entender, debía analizarse en primer término si existía dicha red para que, en segundo lugar, se pueda desconocer una protección superlativa de la vida privada. Considera que le incumbió al juzgador averiguar si el ilícito aducido se había producido en la realidad, pues sólo así se hubiese protegido plenamente a los recurrentes.

Frente a ello, para justificar la irrelevancia penal del ejercicio de la prostitución clandestina de la querellante en la responsabilidad de los recurrentes en el delito contra la intimidad, el Procurador Público del Poder Judicial consideró pertinente afirmar que

(...) el juez penal, en una extensa sentencia que consta en autos, ha señalado lo siguiente: "No importa, que lo que realizó la señora Adaro en aquel cuarto de hotel, sea un acto de prostitución o no, no importa que haya estado libando licor con el señor Arancibia o que hayan estado jugando a las escondidas porque no es materia del proceso penal, lo que importa es que existió una violación flagrante de su derecho a la intimidad³⁷."

Por ende, la discusión en sede constitucional debe restringirse a determinar si era importante que el juez analice la aducida prostitución clandestina, y concluir en si ello comportaba dejar de proteger la vida privada de las personas.

En realidad, ¿qué implica la actividad de la prostitución clandestina? Su ejercicio está regulado básicamente a través de la Ordenanza N.º 141 de la Municipalidad

³⁶ Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia pública del 17 de octubre de 2005).

³⁷ Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

Metropolitana de Lima, Sobre Obligatoriedad de Portar Carné de Salud, la misma que señala en su artículo 6° que

Las personas que ejerzan el meretricio y/o se desempeñen como acompañantes de baile en boites, clubes nocturnos, cabarets y similares, además del Carné de Salud, están obligadas a poseer un Certificado de Control Periódico epidemiológico, serológico y tebeciano, los cuales serán expedidos por la Autoridad Sanitaria Municipal por períodos quincenales, trimestrales y semestrales, según corresponda.

En caso de que no se cumplan estas exigencias, según el artículo 14°, la Dirección de Salud y Bienestar Social de la Municipalidad podrá sancionar inclusive con una multa a la persona infractora dedicada a tal actividad.

49. ¿Era o no relevante la comprobación de prostitución clandestina en el caso de autos? A criterio de este Colegiado, la existencia de este tipo de prostitución es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad, máxime si a través de su conocimiento podría llegar a protegerse convenientemente la salud en tanto derecho social previsto en el artículo 7° de la Constitución.

Pero una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere ilícitamente los derechos fundamentales de las personas, en este caso el derecho a la vida privada. Es necesario informar, pero no traspasar los límites externos de la vida privada. Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).

Por ser irrelevante analizar el fin del reportaje (ilícito administrativo manifestado), no puede considerarse superado el juicio de necesidad en el caso planteado, pues lo único claro del vídeo emitido es que éste terminó afectando el derecho fundamental a la vida privada de la querellante.

Lo que también debe tenerse en consideración es que un periodista no es fiscal o juez para, en su investigación, calificar figuras delictivas y, sobre la base de ello, afectar derechos fundamentales ilícitamente. Lo que le corresponde hacer en tal caso es dar cuenta al Ministerio Público o al Poder Judicial, para que estos actúen de acuerdo a sus competencias.

4.a.iii. El juicio de proporcionalidad

50. A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

[Handwritten notes and signatures in blue ink on the left margin, including a large flourish and several smaller marks.]

En el caso de la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad del reportaje emitido.

Según este juicio, quizás hubiese bastado, para concretar el propósito del reportaje, que éste mostrase a la persona teniendo relaciones sexuales, pero es excesivo y exagerado haber presentado públicamente (a través de un medio de comunicación social) el cuerpo desnudo de la querellante. Es decir, en este caso era irrelevante saber si había, o no, prostitución clandestina. La violación de la vida privada se concretaba con la emisión de imágenes como las del vídeo.

51. En este tema, resulta particularmente llamativa la actuación realizada por los querellados en la comisión del delito de violación de la intimidad, pues demuestra el poco interés mostrado en la protección del derecho a la vida privada de la víctima. Así, debe constar cómo los propios inculpados del proceso penal, ahora demandantes en el proceso constitucional, propiciaron la comisión del ilícito administrativo, el cual, a su vez, es alegado ahora como parte de su derecho a la defensa. Ellos mismos pusieron a la persona que tuvo relaciones sexuales con la querellante, tal como la propia recurrente lo relata:

(...) como parte de una investigación periodística y debido a que habían muchos indicios que señalaban que la prostitución clandestina se había enquistado entre las vedettes de nuestro medio (...) decidimos averiguar qué tan ciertos eran estos indicios. Fue así que después de una larga investigación llegamos hasta una proxeneta conocida con el nombre de 'Corín', quien aseguró tener entre las mujeres que ella ofrecía vedettes conocidas de la televisión, fue así que luego de llamar a la persona que se hizo pasar como cliente logramos comprobar en la investigación que la vedette Yesabella y Mónica Adaro se dedicaban a la prostitución clandestina (...)³⁸.

De ello se advierte la intencionalidad de los propios querellados para que las imágenes sean captadas, pues colocaron una cámara de filmación de manera oculta (y pese a que la querellada la buscó, no la encontró, tal como se observa en el vídeo del programa³⁹), y enviaron una persona para que contacte intencionalmente a la bailarina que querían descubrir. Como se puede ver, los recurrentes nunca tuvieron interés alguno en proteger la vida privada de la víctima, ni en poner a conocimiento de la autoridad policial o fiscal supuestos ilícitos penales (o administrativos), sino preparar un reportaje sobre un tema reservado para las investigaciones de las autoridades públicas -o en todo caso, presumir tal ilícito-. De esta forma, y tal como el mismo abogado de los demandantes lo reconoce⁴⁰, hubo afectación del principio de proporcionalidad en el reportaje realizado.

³⁸ Instructiva de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente). Lo mismo fue señalado por el otro coinculpadado [Instructiva de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente)].

³⁹ Vídeo del Programa (anexado al Expediente).

⁴⁰ Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005): considera desproporcional la actuación de sus defendidos.

4.b. El desarrollo colectivo en la medida

52. Luego de concluir con el análisis de la ponderación según parámetros genéricos, debe efectuarse un examen desde el punto de visto específico.

En cuanto a la relación entre los derechos a la información y a la vida privada, debe insistirse en la correspondencia existente en derecho entre lo público y lo privado. Una buena muestra de esta distinción se constata en el Constitucionalismo Histórico nacional. Así, el artículo 20° de la Norma Fundamental de 1867 consideraba que no existía responsabilidad de la prensa cuando los asuntos eran de interés general, situación que variaba completamente cuando mediaba un interés privado, o como ella misma denominaba, 'publicaciones sobre asuntos personales'.

En conclusión, debe establecerse cuándo se está realmente frente a un 'discurso público', teniendo en cuenta que este incluye un desarrollo colectivo de la sociedad. Este tipo de discursos

(...) está en la base de una serie de distinciones (...): asuntos de interés público (*matters of public interest*) por oposición a los que no la tienen, intimidad (*privacy*), figuras públicas y simples particulares (*public figures, private persons*)⁴¹.

En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Sólo de este forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público).

4.b.i. El juicio de proyección pública

53. Un primer aspecto respecto a la formación de la opinión pública por intermedio de la información vertida por los recurrentes se refiere a la validez de la proyección pública en el caso concreto. Se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida.

En el caso concreto, por lo tanto, se aduce la proyección pública de la querellante para justificar la intromisión en su vida privada. Para justificar ello, el abogado defensor de los demandantes señala que

Magaly Medina es la principal exponente de la prensa chicha televisiva y (...) la prensa no convencional tiene dos temáticas fundamentales, que son los dos arquetipos de la sociedad cuantitativamente más importantes de este país (...). Entonces, dentro de esa sociedad, los dos arquetipos fundamentales son la vedette y el futbolista (...). De lo que

⁴¹ Análisis del proyecto de MEIKLEJOHN, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH. *El mercado de las ideas*. Madrid, CEC, 1990. p. 28.

acontece es esto, para el público y la temática que había estaba dentro del formato del canal, si ésa es la idea, dentro del formato del programa estaba la temática⁴².

Frente a tal aseveración, en el proceso penal que se les siguió por violación a la intimidad, el juzgador señaló que

(...) aun cuando admitamos de manera forzada que la agraviada Mónica Adaro es líder o corriente de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ella nada tienen que ver con la actividad por la cual es públicamente conocida: su labor como cantante y bailarina (...)⁴³.

Con dos posiciones encontradas como las que mostramos, corresponde formular algunas precisiones sobre lo que puede aseverarse con relación al juicio de proyección pública y su relación con los derechos fundamentales involucrados.

54. Cuando un suceso involucra a una persona conocida por todos, existe una mayor preocupación del resto de gente en saber sobre ella o conocer lo que los otros opinan sobre la misma. No es que haya una protección desigual con respecto a su vida privada, sino que simplemente se está reconociendo una diferenciación.

Pero, ¿por qué brindarle mayor protección las personas sin proyección pública frente a los que sí la tienen? Para responder a esta interrogante se impone un análisis tanto de la importancia de sus actividades como de su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido, toda vez que el acceso que tienen a los medios de comunicación social es mucho mayor que el que de los particulares.

Lo que también es cierto es que existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

- *Personas cuya presencia social es gravitante:* Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.

- *Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad:* Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.

- *Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad:* Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

Como se puede dar uno cuenta, la querellante y uno de los querellados se insertan en el segundo grupo de personas con proyección pública.

⁴² Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).
⁴³ Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 82 del Expediente).

55. Lo que queda por dilucidar en el caso es si era relevante para determinar la intromisión de la vida privada de la persona el hecho de que ella era una bailarina conocida, y si es que para tal propósito se requería averiguar la existencia de prostitución clandestina.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicaron en un semanario diversos artículos titulados 'Mi vida' como si la propia artista, protagonista de estas historias, los hubiese escrito, lo cual era falso. Por ello, se señaló en la Corte de Apelaciones de París, en el caso de Marlene Dietrich, que

(...) las vedettes están protegidas por los mismos principios (generales), y no corresponde hacer una excepción en lo que a ellas concierne, bajo el pretexto espacioso de que ellas buscan una publicidad indispensable a su celebridad.

Entonces, las personas que se dedican al vedettismo también gozan de la protección de su derecho a la vida privada, y más aún de su intimidad, por más proyección pública que realicen de sus actividades. Es inaceptable, por ello, que en el caso de autos se asevere, o se deje sentado, que porque la querellante era una persona pública, podía vulnerarse o transgredirse su derecho a la vida privada, y exponerla gratuitamente a un fútil escrutinio de la comunidad.

4.b.ii. El juicio de interés del público

56. El segundo gran tema respecto al desarrollo colectivo está referido a los asuntos que merecen una atención especializada de la sociedad. En él se demuestra cómo una persona puede terminar informando un asunto que imperiosamente merece ser conocido por los demás, y que ello justifica alguna intromisión de la vida privada de alguien. Ello tampoco ha de impedir la protección de los derechos de los afectados, sino simplemente la disminución de los límites externos de uno de ellos.

Respecto a la filmación realizada, se afirma que ésta versaba sobre una cuestión de interés general, lo cual justificaría la posibilidad de invadir la esfera personal de la querellante, pues

(...) debido a que era un tema de interés público, había que demostrar la penetración de la prostitución en el ambiente artístico y al espectáculo ya que muchas personas utilizan los medios de comunicación como artistas y finalmente no lo son, dejando en claro que el fin fue hacer conocer un hecho de interés público⁴⁴.

Por tanto, corresponde ahora analizar qué se entiende por juicio del interés del público, pues solamente a partir de ello se podrá determinar si el juzgador estuvo acertado en no tomar en consideración una defensa técnica como la referida a la prostitución clandestina de la querellante.

57. El criterio en mención está en relación directa con la formación de la opinión pública. Lo público es una garantía de respeto a lo privado si se asume el rol del

⁴⁴ Instructiva de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).

115

Estado, pero no debe olvidarse que la sociedad se preocupa también del respeto de sus miembros y de evitar la invasión de los ámbitos personales. De esta forma, no se puede argüir como válida, por más interés del público que exista, una intromisión ilegítima en el ámbito privado de las personas, ya que al medio de comunicación social

(...) sólo le corresponde protección en el tratamiento de cuestiones que afecten lo público. Pero la prensa pierde la protección jurídicamente reforzada de su función política cuando injustificadamente penetra en la esfera puramente privada para exponer, sin interés público, la vida privada de las personas o a una discusión que dañe su honor⁴⁵.

Para determinar correctamente la formación de la opinión pública, se ha considerado pertinente observarla desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material.

58. No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieran saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano figoneo.

Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad. Lejos de él, su protección debería disminuir. Hablando de la expresión y la información, se ha señalado, en la sentencia del Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, que

(...) ellas no constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentra estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública.

De otro lado, en un caso de Jurisprudencia Comparada (Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, Causa 1985-B-114, Caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida), el juzgador afirmó que si bien es cierto que es de interés público conocer

⁴⁵ SCHEUNER (*Pressfreiheit*), cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. "La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 11, N.º 32. p. 107.

la salud de un político célebre, no lo es menos que dicho interés no justifica invadir su vida privada ni tampoco difundir las fotos de dicha persona en estado agonizante. Asimismo, en el ámbito internacional, se ha dejado sentado claramente qué significa el interés del público referido a la toma de imágenes relacionada con la vida privada de las personas. Este criterio marca claramente el límite del derecho a la información. Así, en el ya nombrado caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Von Hannover c. Alemania (*Application* N.º 59320/00), del 2004, se estableció lo siguiente:

(...) el Tribunal considera que la publicación de fotos y artículos en cuestión, respecto de las cuales el único propósito era satisfacer la curiosidad de un sector particular de lectores de conocer los detalles de la vida privada de la demandante, no puede ser considerado o juzgado como contributivo al debate alguno de interés general para la sociedad a pesar que la demandante sea conocida públicamente (...). Estas fotos fueron tomadas -sin el conocimiento o consentimiento de la demandante- y el hostigamiento sufrido por muchas figuras públicas en su vida diaria no pueden ser completamente desestimados (...). Además, el Tribunal considera que el público no tiene un legítimo interés de saber dónde se encuentra la demandante y cómo ella actúa o se desenvuelve generalmente en su vida privada, aunque ella aparezca en lugares que no siempre puedan ser descritos como aislados y pese al hecho que ella sea muy conocida públicamente.

Por tal razón, cuando una información no cumple un fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero, el grado de protección del primer derecho fundamental habrá de verse distendido, sobre todo si se afecta la protección de la dignidad de las personas, establecida en el artículo 1º de la Constitución.

59. Regresando al caso concreto, la existencia de prostitución clandestina no puede ser considerada como un dato periodístico que revista el carácter de interés público. Mejor dicho, tal reconocimiento no puede ser usado en el proceso penal llevado a cabo contra los querellados como una noticia de interés público.

Quizás la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7º de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. No contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretricio. Y sí es más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de fisgoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona.

De lo expuesto, por más trascendente que sea para la sociedad la investigación sobre la prostitución clandestina en el país, no justifica de ningún modo la vulneración de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la vida privada de una persona. Coincidimos en que es innecesario un análisis judicial, pese a lo que alegan los recurrentes, respecto a la existencia de la prostitución clandestina. En primer lugar, porque era excesivo realizar indagación alguna sobre ella, puesto que la vulneración del derecho a la vida privada de la querellante se sustentaba en la emisión de imágenes que no tenían valor constitucional con el supuesto fin del reportaje de Magaly TV. Y, en segundo lugar, porque someter a estudio judicial esta materia no correspondía a la sede penal en la cual se llevaba a cabo el proceso por violación de la intimidad.

60. Un análisis ponderativo, tanto de los criterios genéricos como de los específicos, de los dos derechos en relación, lleva a la conclusión de que la defensa técnica de los recurrentes realizada en el marco del proceso penal que se siguió en su contra no ha sido afectada de forma alguna. Ahora sí se puede señalar que todo ha sido llevado de manera regular en el ámbito judicial.

Si bien es aceptable que una persona pueda informar sobre un asunto como es la prostitución clandestina, no puede ser válido que ello se realice presentando uno o dos casos (pues también se presentó otro video de similares connotaciones), a través de la transmisión de imágenes inútiles para la investigación periodística. Se puede decir que los demandantes buscaron ejercitar su derecho a la información, cumpliendo con el respeto a su contenido esencial de veracidad, pero el problema se encuentra en mantener incólume su contenido accidental. Justamente, el derecho a la vida privada es uno de los límites que posee el derecho a la información, y es precisamente este derecho el que protegía a la querellante. Ante tal circunstancia, era necesario determinar cuál era el contenido de cada uno de estos derechos.

Aparte de establecer que las sentencias judiciales cumplen con un *test* de razonabilidad, se debe convenir en que existen suficientes elementos de juicio para que el juzgador haya declarado la culpabilidad de los querellados. Para insistir en el carácter doloso de la actuación de los ahora demandantes, el juzgador de primera instancia señaló que, aparte de no contarse con el consentimiento de la querellada, las imágenes no sólo fueron transmitidas un solo día (31 de enero del 2000), sino también fueron reproducidas los días 2, 3, 4 y 7 de febrero del mismo año⁴⁶.

La reincidencia de la conductora de televisión con respecto a la vulneración de los derechos de la bailarina fue justificada por uno de los demandantes:

(...) si volvimos a propalar algunos extractos del video original debido a que la vedette Mónica Adaro declaró públicamente que la persona con la que había sido grabada era su pareja sentimental, declaró que no había recibido dinero, declaró que el video era una trampa entre otras acusaciones sin sentido por lo que nos vimos obligados a responderle con imágenes que hablan más que las palabras. Estas acusaciones públicas, ellas las hizo a través de sintonizados programas y en noticieros de la televisión, por lo tanto nos vimos obligados a responderle por el mismo medio⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 75 del Expediente).

⁴⁷ Instructiva de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 63 del Expediente).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Frente a ello, el juzgador de segunda instancia insistió correctamente en el dolo existente en la conducta de los querellados, precisando que con la reiteración de las imágenes se ha seguido penetrando de manera arbitraria en los ambientes íntimos de una persona, o en los acontecimientos íntimos de ésta⁴⁸.

Para los recurrentes, era elemental terminar favoreciendo a la información en virtud de la existencia de una supuesta red de prostitución clandestina, dato que fue revisado y analizado en sede judicial, aunque sin la acuciosidad que los recurrentes reclamaban. Sin embargo, tras realizar un examen ponderativo adecuado (con cinco juicios ampliamente explicados), queda claro que tal pedido es irrelevante a fin de resolver correctamente el caso concreto. Por tal razón, la demanda en este extremo es claramente infundada.

D. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA

61. Este Tribunal, en la resolución del caso, consideró indispensable e indefectible analizar detenidamente los argumentos vertidos por los recurrentes respecto a la violación del derecho a la defensa constitucionalmente recogida.

Este desarrollo expositivo no afecta la independencia judicial en la resolución de un caso en concreto, pues su fin exclusivo fue examinar la alegada vulneración de un derecho fundamental por parte de quienes acudieron a la vía del hábeas corpus.

Este Colegiado enfatiza en que el objetivo de este examen ha sido, y debe ser, estrictamente constitucional. Esta intervención tutelar del órgano de control, entonces, tuvo como propósito concordar la actuación de la magistratura con la protección de la persona. No ha habido intromisión, sino simplemente una búsqueda de compatibilizar dicha actuación jurisdiccional con los preceptos constitucionales.

62. Lo expuesto no obsta para que se llame la atención a los magistrados de primera y segunda instancia del proceso penal.

Las normas pertinentes del Código de Procedimientos Penales deben ser aplicadas al caso concreto y analizadas en su plenitud para ver si su inobservancia acarrea una responsabilidad de índole constitucional por parte de los demandados. Respecto a cómo debe responder el Poder Judicial ante un ofrecimiento de pruebas, se asevera que por más dificultades temporales de los juzgadores para resolver, siempre habrá de explicarse las razones para la que se llega a esta conclusión. Por ello, se debe reiterar la importancia de que el Poder Judicial responda ante los requerimientos de las partes de un proceso con la responsabilidad que dicha institución posee, y según el rol constitucional que se le ha asignado.

Finalmente, por más que en el extremo de la violación del derecho a la prueba se haya declarado improcedente la demanda, ello no justifica el modo como fue llevada a cabo la actuación judicial en este caso. Por eso, se requiere de los magistrados mayor compromiso con su actividad, en el sentido de dar respuesta (así sea negativa,

⁴⁸ Sentencia de segunda instancia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres. Exp. N.° 1836-03 (fs. 89, 90 del Expediente).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

como correspondió en este caso) dentro del plazo que corresponda, como derecho de todo justiciable. Esperamos que estos pedidos puedan, en siguientes oportunidades, ser contestados en el plazo debido.

63. De otro lado, del estudio de los actuados queda claro que la decisión del órgano jurisdiccional ha sido plenamente válida, y que el pedido de los recurrentes ante esta sede no sólo desatiende las resoluciones emitidas en sede judicial, sino que pretende que este Colegiado se constituya en una instancia más del proceso penal, procurando en la demanda de hábeas corpus inducir una supuesta actitud temeraria de parte de los magistrados emplazados.

En conclusión, este Colegiado comparte la posición de los demandados en el sentido de que los recurrentes pretenden desconocer una decisión judicial dictada con todas las garantías legales⁴⁹, y que la demanda es una mera maniobra mediática para eludir el cumplimiento de una resolución ejecutoriada que tiene la autoridad de cosa juzgada⁵⁰.

Este Tribunal reafirma que cualquiera de las resoluciones emitidas en un proceso judicial adquiere calidad de cosa juzgada, y que la judicatura constitucional sólo podrá intervenir cuando haya vulneración de los derechos fundamentales de los litigantes, cosa que no ha sucedido en el caso de autos.

64. Por tal razón, este Colegiado considera necesario referir un tema que nos causó extrañeza al momento de analizar tanto el expediente de hábeas corpus como el penal. El asunto se refiere a que si bien se solicita la prueba testimonial, no se presenta a los dos abogados que supuestamente emitieron informe, sino simplemente a uno de ellos.

La duda de este Tribunal surgió cuando, a la hora de observar los escritos presentados por los recurrentes en la querrela iniciada en su contra, el nombre del estudio al cual pertenece el abogado de los recurrentes incluye el apellido de quien precisamente es el abogado externo del canal, y que es esta persona la que no ha sido presentada como testigo. Así, respecto al informe interno, es lógico que se solicite la intervención del abogado interno de Frecuencia Latina, pues él lo debió haber elaborado. Sin embargo, respecto al informe externo, resulta extraño que se solicite interrogar al representante del canal, y que no se hubiese pedido la declaración del mencionado abogado externo.

Ante ello, en la audiencia pública le preguntamos explícitamente al abogado defensor si alguno de los letrados que realizaron los informes pertenecía a su estudio. La respuesta fue la siguiente:

En esa época, no. Uno, sí; uno, no⁵¹.

⁴⁹ Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).

⁵⁰ Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).

⁵¹ Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia pública, del 17 de octubre de 2005).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lógicamente, se estaba aceptando que el abogado Souza era -y es- el socio del abogado Nakazaki, cuyo Estudio Jurídico es el que patrocina a los demandantes en la presente demanda de hábeas corpus. Según se puede observar, quienes promueven la emisión del reportaje sobre 'Las Prostituedettes', gracias a un informe externo, son los mismos que posteriormente patrocinan a los recurrentes en un proceso penal, y actualmente los respaldan jurídicamente en el proceso constitucional.

Inclusive, en el mismo proceso penal, utilizando los argumentos de la propia defensa, se pudo haber terminado investigando a dichos abogados (externo e interno) por una posible instigación en la comisión del delito de violación de la intimidad. Debemos recordar que, según alegan los propios recurrentes, estos cometieron el delito simplemente porque ambos abogados les señalaron que no existía un problema de legalidad en sus actos.

65. Según el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen como fin la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En conjunción con ello, estos procesos deben ser desarrollados sobre la base de un principio como es la celeridad, tal como lo señala el artículo III del mismo cuerpo normativo. Sobre esta base, corresponde a este Colegiado tutelar los derechos a las personas en un tiempo adecuado. En un análisis objetivo de esta afirmación, queda claro que no podrá permitirse actuaciones procesales que lo único que buscan es, antes que proteger derechos, crear supuestos temerarios asentados en la irreflexión y osadía, con el único propósito, tal como se constata en el petitorio de la demanda, de demorar la conclusión final del proceso originario.

Por más tutelar que sea la función del Tribunal Constitucional, no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez, acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes. Al respecto, según el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, se podrá condenar al pago de costas y costos al demandante cuando se incurra en manifiesta temeridad.

Sí bien la norma está relacionada con los procesos de amparo, este Tribunal estima oportuna su utilización para el caso de autos, pues una interpretación extensiva coadyuvará a que los fines de los procesos constitucionales (proscripción de procesos no céleres) sean cumplidos. Este Colegiado considera, asimismo, que, para que haya una verdadera protección objetiva, y cuando las circunstancias así lo obliguen, es pertinente imponer multas, y no sólo para los demandados, sino cuando medie mala fe por parte de los demandantes.

Como se ha podido advertir, la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha constraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa (según el artículo 22°, su determinación es discrecional del juez) de veinte unidades de referencia procesal (20 URP).

66. Pese a que el pago se impone contra los recurrentes por una desestimación del petitorio de la demanda, de los datos presentados a lo largo del proceso seguido, este Colegiado ha advertido algunas cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Ésta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto penal que no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos.

La Norma Fundamental es muy clara cuando prescribe, en su artículo 103°, que no se puede amparar el abuso del derecho. La actuación inapropiada de un abogado defensor, más que beneficiar a sus defendidos, puede terminar impidiéndoles un adecuado patrocinio y protección jurídica, cuestión que, indudablemente, merece ser evaluada a la luz de la deontología forense en el país.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere de la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de inhibición del juez.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa.
4. **EXHORTAR** a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos sean.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 6712-2005-HC/TC
LIMA
MAGALY JESÚS MEDINA VELA Y NEY
GUERRERO ORELLANA

5. **DISPONER** la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoseles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico.


Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 1797-2002-HD/TC
LIMA
WILO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de enero de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Wilo Rodríguez Gutiérrez contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 94, su fecha 6 de mayo del 2002, que declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido, por haberse producido la sustracción de la materia.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de febrero de 2001, el recurrente interpone acción hábeas data contra el ex presidente de la República, Dr. Valentin Paniagua Corazao, con objeto de que se le proporcione la información denegada mediante la carta notarial de fecha 12 de diciembre del 2000, manifestando que no se le ha brindado la información solicitada respecto de los gastos efectuados por el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país, debido a los 120 viajes que realizó al exterior, en el transcurso de su mandato presidencial. En consecuencia, solicita que la información requerida se especifique como sigue: a) monto asignado por concepto de viáticos; b) monto asignado por concepto de gastos de representación; c) costos de los pasajes aéreos, por cada uno de los viajes realizados; d) gastos de combustible y operación del avión presidencial, y e) monto asignado para gastos de la comitiva presidencial, entre otros. Alega que se vulnera su derecho de acceso a la información, ya que la información requerida no atenta contra la seguridad nacional, ni afecta la intimidad personal, ni está exceptuada por ley.

El Procurador Público a cargo de la defensa judicial de la Presidencia del Consejo de Ministros señala que la pretensión del recurrente ya ha sido incoada en reiteradas oportunidades; que la información requerida se encuentra, casi en su totalidad, publicada en el diario oficial "El Peruano", la que, además ha sido suministrada por la Directora General de Administración del Despacho Presidencial, en la cual se da cuenta de los viajes realizados por el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori entre los años 1990 y 2000, la cantidad de viajes por cada año realizado, así como el costo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima declara que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo, por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que la información requerida fue proporcionada mediante el Informe N°. 001-2001-CMPR/DGADM; añadiendo que las discrepancias del actor en cuanto a la información suministrada no constituyen datos que objetivamente existan, por lo que no pueden exigirse a través del hábeas data, puesto que se trata de materia sujeta a controversia que requiere de estación probatoria.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El recurrente pretende que la emplazada le proporcione información respecto de los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país debido a los 120 viajes que realizó al exterior en el transcurso de su mandato presidencial; y solicita que se precise el monto asignado por concepto de viáticos y gastos de representación, los costos de los pasajes aéreos por cada uno de los viajes realizados, los gastos de combustible y de operación del avión presidencial, los montos asignados para gastos de la comitiva presidencial, entre otros.

Derechos protegidos por el hábeas data

2. El hábeas data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución., según los cuales establecen que “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”; y “que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”, respectivamente.

Derecho a la autodeterminación informativa

3. El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2° de la Constitución es denominado por la doctrina *derecho a la autodeterminación informativa* y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.

En ese sentido, por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, *prima facie* y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales.

Hábeas data y derecho a la autodeterminación informativa

4. Este Tribunal ha expresado en la sentencia recaída en el Exp. N°. 666-1996-HD/TC que la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Derecho de acceso a la información pública y derecho de petición

5. A diferencia del derecho a la autodeterminación informativa, el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho de acceso a la información pública. Este derecho, a su vez, no es idéntico al derecho de petición, reconocido en el inciso 20) del artículo 2° de la Constitución, ni tampoco al derecho a la libertad de información, reconocido en el inciso 4) del mismo artículo 2° de la Ley Fundamental.

En la sentencia recaída en el Exp. N.º 1042-2002-AA/TC, este Tribunal subrayó que tanto el derecho de petición “como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, ello en razón de ser la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica”. Se sostuvo que **“el derecho de petición ha sido configurado como una facultad constitucional que se ejerce individual o colectivamente y que no se encuentra vinculado con la existencia en sí de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que necesariamente origina la petición”**. “[...] Desde una perspectiva histórico-doctrinaria se acredita que el derecho constitucional comparado percibe conceptualmente al derecho de petición como una solicitud de obtención de una decisión graciable; por consiguiente, sujeta a la consideración discrecional dentro de un ámbito competencial de cualquier órgano investido de autoridad pública. En esa perspectiva, dicho derecho se agota con su sólo ejercicio, estando la autoridad estatal competente obligada únicamente a acusar recibo y dar respuesta de las solicitudes”.

6. Tal derecho ha sido regulado por la Ley N.º 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), la que establece que es posible “encontrar hasta cinco ámbitos de operatividad del derecho de petición; a saber: a) La petición graciosa; b) La petición subjetiva; c) La petición cívica; d) La petición consultiva, y e) La petición informativa”.

La petición informativa es “aquella que se encuentra referida a la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informativos o registros manuales de la institución requerida. En ese sentido, la petición prevista en el artículo 110° de la Ley N.º 27444 está destinada a obtener el suministro de datos estadísticos, dictámenes, resoluciones, etc. que pudieran obrar en poder de un ente administrativo. Dicha modalidad debe ser concordada con lo dispuesto en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución y las leyes N.º. 27806 y 27927, respectivamente”.

En suma, el derecho de petición puede ser de dos clases: a) el derecho de petición simple, el cual se manifiesta como un instrumento de participación ciudadana, y que incluye a la petición cívica, informativa y consultiva, y b) el derecho de petición calificado, que se manifiesta como adopción de un acto o decisión concreta y precisa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por parte de la autoridad recurrida. Tales son los casos de la petición graciosa y subjetiva.

Por su estructura y función, el Tribunal ha señalado que el derecho de petición es “un derecho de naturaleza mixta, toda vez que la petición puede ser de naturaleza pública o privada, según sea utilizada en caso de la defensa de los derechos o intereses del peticionario, o para la presentación de puntos de vista de interés general. Por ende, en atención al primer caso, la referida atribución puede ser considerada dentro del conjunto de los derechos civiles que pertenecen al ser humano; y, respecto al segundo, pertenece al plexo de los derechos políticos que le corresponden a una persona en su condición de ciudadano; de ahí que aparezca como manifestación de la comunicación, participación y control en relación al poder político”.

“El derecho de petición se constituye así en un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho. Así, todo cuerpo político que se precie de ser democrático, deberá establecer la posibilidad de la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública. De este modo, en determinados ámbitos, como los referidos a las peticiones individuales o colectivas que buscan el reconocimiento por parte de la Administración Pública de un derecho subjetivo, o en las cuales se solicite información o se formulen consultas, o en las cuales se solicite un acto graciable de la autoridad competente, el derecho en mención se constituirá en un medio *ordinario* para su efectiva realización, pero, en aquel ámbito en el cual existan mecanismos o recursos establecidos por una normativa específica para el ejercicio o tutela de un derecho subjetivo, tales como la acción penal privada o la acción civil ante órgano jurisdiccional, entre otros, se constituirá en un medio *residual*, que podrá cubrir ámbitos no tomados en consideración”.

7. En la medida en que el derecho de acceso a la información pública garantiza que cualquier persona, sin expresión de causa, pueda solicitar la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, éste termina constituyéndose en una modalidad o concreción del derecho de petición. Como sostuvo este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N°. 1071-1998-HD/TC, “del hecho de que su reconocimiento constitucional (del derecho de acceso a la información pública) se haya precisado independientemente del genérico derecho de petición, hay que comprender que la Constitución le ha querido brindar un tratamiento particularizado y también un medio de tutela distinto, como en efecto se ha previsto al incorporar como uno de los derechos protegidos mediante el hábeas data”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Derecho de acceso a la información pública y libertad de información

8. En relación con la libertad de información reconocida en el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución, este Tribunal ha señalado, en su sentencia recaída en el Exp. N.° 0905-2001-AA/TC, que “[...] se garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente. [...] La libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser”.
9. Asimismo, en la misma sentencia se sostuvo que “Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información; b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública”.

En esa medida, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que “[...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de [...] difundir hechos informativos”; pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de *todas* las personas de “recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno”, a fin de formarse una opinión propia. No obstante esto, ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sino también se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades “tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad" (Erns Wolfgang Böckenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67); o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, *Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párrafo 70)".

"Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública."

"Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales".

Derecho de acceso a la información pública

10. El derecho de acceso a la información pública evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

Tal condición instrumental del derecho de acceso a la información pública se puede apreciar en el caso de autos. En efecto, conforme se expresa en la carta notarial dirigida al entonces segundo vicepresidente de la República, no encontrándose



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

obligado a dar las razones de la información requerida, el recurrente alega que la información requerida es importante para poder ejercer su libertad de investigación sobre la diplomacia presidencial en el Perú.

11. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de *todas* las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la *res pública* termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1º de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el "gobierno del público en público" (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109º o 139º, inciso 4), de la Constitución (por citar sólo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal.

Por ello, con carácter general, debe destacarse que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes.

Por consiguiente, al igual que lo afirmado respecto de las libertades de información y expresión, a juicio del Tribunal, cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

informada, éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición del derecho de acceso a la información no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

12. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, en el caso de autos, el recurrente solicitó a la demandada información sobre los viajes efectuados por el ex presidente de la República durante los años 1990 y 2000 y, en particular, detallar los siguientes rubros: a) monto asignado por el concepto de viáticos; b) monto asignado por concepto de gastos de representación; c) costos de los pasajes aéreos por cada uno de los viajes; d) gastos de combustible y operación del avión presidencial; e) monto asignado para gastos de la comitiva presidencial; y f) otros gastos.

Al contestar la demanda, la emplazada adjuntó el Informe N° 001-2001-CMPR/DGADM, mediante el cual se da cuenta de la cantidad de viajes que por cada año realizó el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, así como el costo anual de dichos viajes, durante los años de 1990 y 2000. Con fecha 30 de mayo de 2001, el recurrente advirtió al *a quo* que la información, en muchos de sus extremos, era "incompleta, inexacta e imprecisa". Así, por ejemplo, mientras en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el punto C del informe se hacía referencia a que en el año 1998 el ex presidente viajó 28 veces, en el cuadro de detalles de costos figuraba que, en ese mismo año, había viajado 47 veces. Con relación al año 1999, se indicaba que viajó 14 veces, en tanto que en el detalle de costos se especificaba que se realizaron 24 viajes. Asimismo, con copias de diversos medios de comunicación social, el recurrente acreditó que entre los días 3 y 4 de enero de 1999, el ex mandatario estuvo en la República Federal del Brasil, subrayando que dicho viaje no aparecía en ninguno de los cuadros del referido informe, entre otros cuestionamientos a los que hace referencia en su escrito de fecha 30 de mayo de 2001, sobre el informe emitido.

Las recurridas, en mérito al citado Informe, adjuntado a la contestación de la demanda, sostuvieron que, en el caso de autos, se habría producido la sustracción de la materia, toda vez que la emplazada había absuelto el pedido de información requerido en la demanda. Y, respecto a que la información suministrada era imprecisa, incompleta e inexacta, argumentaron que ese tema debía ser objeto de un proceso donde existiese estación probatoria.

13. El Tribunal Constitucional no comparte ninguno de los argumentos esgrimidos por las resoluciones recurridas. En primer lugar, advierte que es una contradicción afirmar, por un lado, que la eventual lesión de un derecho constitucional cesó y que, en virtud de ello, se produjo la sustracción de la materia; y, de otro, que la controversia acerca de la información proporcionada deba ventilarse en un proceso judicial que tenga estación probatoria. En su opinión, se considera que la eventual violación de un derecho constitucional ha cesado cuando, por medios ajenos al proceso, se restablece completamente el ejercicio del derecho. La única forma como podría salvarse tal contradicción, sería admitiendo que el derecho de acceso a la información sólo garantiza que se informe sobre lo requerido, no importando el contenido y la calidad de esa información que se proporcione. Evidentemente una estipulación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública en esos términos, terminaría haciendo de éste una fórmula vacía sin contenido alguno. Sin embargo, antes de afrontar este extremo del contradictorio, es preciso determinar los alcances de un proceso constitucional como el hábeas data, que carece de una estación de pruebas.

14. Sobre este aspecto, ya el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar sus alcances y límites. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0976-2001-AA/TC (Fund. Jur. N.º 3), sostuvo que la inexistencia de una estación de pruebas se debe al hecho de que mediante esta clase de procesos "[...] no se dilucida la titularidad de un derecho [...], sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado. De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [*El sistema del derecho de amparo*, Editorial Porrúa, México 1992, pág. 169] "en el [...] amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador".

Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses "subjetivos" contrapuestos entre las partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como ha declarado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación "tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores" [BverfGE, 82, 30 (38-39)]. La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo (o del hábeas data), sino de la finalidad y el objeto del proceso".

Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 410-2002-AA/TC (Fun. Jur. N.º 5), remarcó que "es correcto afirmar que en el amparo (como en el hábeas data) no existe estación probatoria. Pero con ello, en realidad, no se está haciendo otra cosa que expresar aquello que señala el artículo 13.º de la Ley N.º 25398. No es ese, desde luego, el problema, sino, esencialmente, determinar cuándo la inexistencia de la susodicha estación probatoria impide que el juez constitucional pueda expedir una sentencia sobre el fondo del asunto".

"A juicio del Tribunal, no existe estación probatoria en el amparo (y en el hábeas data), porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo, y con él todos los procesos constitucionales de la libertad, como expresa el artículo 1º de la Ley N.º 23506, sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tiene(n) una finalidad eminentemente restitutoria. Lo que significa que, teniendo el recurrente la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo (o el hábeas data) se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es o no lesivo de aquel atributo subjetivo reconocido por la Norma Suprema del Estado. En efecto, a través de estos procesos no se puede solicitar la declaración de un derecho o, quizá, que se constituya uno. El artículo 1º de la Ley N.º 23506 señala que su objeto "es el de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional", lo que significa que el recurrente sea o haya sido, hasta antes de la lesión, titular del derecho, pues de otro modo no se podrían restablecer las cosas al estado anterior. En el amparo, así como, *mutatis mutandis*, en el hábeas data no se discuten cuestiones concernientes a la titularidad de un derecho –así sea este constitucional–, sino el modo de restablecer su ejercicio, si acaso éste resultó lesionado. De ahí que en la jurisprudencia de este Tribunal se haya sostenido que para que esa tarea pueda llevarse a cabo es preciso que el acto cuestionado sea manifiestamente arbitrario. Pero la arbitrariedad o no del acto no es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

un asunto que, por lo general, pueda determinarse en una estación de pruebas, sino, esencialmente, un problema que se atiene a su valoración judicial de cara al contenido constitucionalmente protegido del derecho.”

15. En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que todo lo que queda de controversia en el presente caso, luego de constatarse en el informe los problemas que ha hecho notar el recurrente en su escrito del 30 de mayo de 2001, es si la información proporcionada en esos términos, imprecisa, incompleta e inexacta, viola o no el derecho invocado.

Evaluando dicho extremo, en primer lugar, se observa que la emplazada no ha alegado que la información solicitada esté sujeta a reserva o secreto alguno. En esa medida, el problema no ha de escrutarse bajo los alcances del test de razonabilidad o proporcionalidad, sino, básicamente, determinando si el contenido constitucionalmente protegido del derecho incluye también que la información que una entidad pública proporcione deba ser cierta, actual, precisa y completa.

16. Como ya se ha dejado entrever, a juicio del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporciona no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.

Y es que si mediante el derecho en referencia se garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, a fin de favorecer la mayor y mejor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales, entonces, un mínimo de exigencia que imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara.

El Tribunal no considera que tales exigencias hayan sido satisfechas por la demandada. Como ha alegado el recurrente, y este Colegiado ha tenido oportunidad de apreciar en el Informe N.º 001-2001-CMPR/DGADM, la información proporcionada no es completa, actualizada y exacta. Por consiguiente, al estimarse la pretensión, por haberse violado los derechos constitucionales de acceso a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

información pública y, relacionamente, la libertad de investigación del recurrente, debe ordenarse que se brinde la información solicitada en los términos descritos en el fundamento precedente, sobre los datos e información en torno a los viajes públicos realizados al exterior, así como los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, tal y conforme se han requerido en la carta notarial y en la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido, por haberse producido la sustracción de la materia y, reformándola, declara **FUNDADA** la acción de hábeas data. Ordena que el Poder Ejecutivo proporcione información detallada respecto de los gastos efectuados por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, como ex presidente de la República, y su comitiva, durante sus viajes al exterior, conforme a los siguientes rubros: viáticos, gastos de representación, gastos de combustibles y operación del avión presidencial, costos de pasajes, según sea el caso, y otros gastos. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Firmado digitalmente por:
LEDESMA NARVAEZ
Marianella Leonor FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 08/09/2020 17:09:54-0500

Pleno. Sentencia 412/2020

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Firmado digitalmente por:
REATEGUI APAZA Flavio
Adolfo FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 21/09/2020 17:40:10-0500

Firmado digitalmente por:
FERRERO COSTA Augusto FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 11/09/2020 13:10:10-0500

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 14 de julio de 2020, se votó la ponencia del Expediente 00943-2016-PA/TC presentada por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, declarando fundada la demanda de amparo. Votaron a favor, los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera; y en contra, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada.

Estando a la votación efectuada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece, entre otros aspectos, que el Tribunal, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, la decisión que resuelve el Expediente 00943-2016-PA/TC se encuentra conformada por los votos singulares de los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada, quienes coinciden en declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Firmado digitalmente por:
MIRANDA CANALES Manuel
Jesus FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 08/09/2020 21:11:39-0500

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los fundamentos de voto y votos singulares mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

Firmado digitalmente por:
BLUME FORTINI Ernesto
Jorge FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 19/09/2020 15:12:00-0500

Firmado digitalmente por:
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA
Eloy Andres FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 13/09/2020 18:03:41-0500

Firmado digitalmente por:
SARDON DE TABOADA Jose
Luis FAU 20217267618 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 08/09/2020 09:01:30-0500

Firmado digitalmente por:
RAMOS NÚÑEZ Carlos
Augusto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 11/09/2020 17:09:23+0200



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marco Antonio Paucarcaja Mercado contra la resolución de fojas 205, de fecha 1 de octubre de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de octubre de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra Emapa Huaral S.A. Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se la reponga en el cargo de técnico en catastro comercial que venía desempeñando. Refiere que ha trabajado en diversos cargos dentro de la empresa demandada desde el 7 de febrero de 2014 hasta el 21 de octubre de 2014, fecha en la que se le notificó su carta de despido. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo, al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

El recurrente señala que con fecha 14 de octubre de 2014 le fue notificado el inicio de un procedimiento sancionador disciplinario en su contra por supuestamente haber incumplido con sus funciones. Expresa que el incumplimiento que se le imputa consiste en: i) haber manipulado sin autorización información de carácter reservado de la empresa; y, ii) no haber entregado un cargo relacionado a cuentas pendientes por rendir dentro del plazo establecido.

Respecto a la primera falta, el actor refiere que dicha acusación se basa en un informe del Jefe de Logística, en el cual dicho funcionario señalaba que accedió a una conversación en la red social Facebook entre su asistente y el recurrente, percatándose que este último le solicitaba la clave de seguridad de un sistema de información reservada de la empresa. El demandante señala que se trata de una imputación falsa, pues no se ha acreditado que haya ingresado efectivamente al sistema de la empresa, y que la acusación se basa en conclusiones obtenidas de la intervención de una conversación de carácter privado. En relación con la segunda falta, el actor señala que esta acusación hace referencia a la entrega de un cargo cuando se desempeñaba como Jefe de Logística. Sin embargo, argumenta que fue despedido antes del cumplimiento del plazo otorgado por la demandada para presentar dicho documento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Paucarcaja Mercado alega entonces una vulneración del derecho al debido proceso, y específicamente de su derecho de defensa, al haberse emitido la carta de despido dentro del plazo otorgado al recurrente para realizar sus descargos frente a las faltas imputadas. Refiere que si bien la notificación de dicha carta se realizó fuera del período para su descargo, puede verificarse del sello de recepción de la notaria que la fecha de entrega por parte de la empresa para que se proceda la notificación del demandante, corresponde al último día para que el actor pudiese efectuar sus descargos.

Emapa Huaral S.A. contesta la demanda. Señala que no se ha configurado un despido arbitrario, al haber cometido el actor una falta grave. Argumenta que los descargos del recurrente frente a las faltas imputadas representan afirmaciones generales e incongruentes, las cuales no demuestran que el demandante no haya incurrido en dichas faltas. Finalmente, afirma que los argumentos de la demanda deben ventilarse en la vía ordinaria al requerirse la actuación de medios probatorios para determinar si el actor es o no responsable de las imputaciones formuladas.

El Primer Juzgado Civil de Huaral, con fecha 2 de marzo de 2015, declaró improcedente la demanda. Estima que las partes no han presentado pruebas suficientes a fin de demostrar sus afirmaciones, siendo necesario acudir a la vía ordinaria, de modo que sea posible verificar si el demandante incumplió con sus obligaciones.

La Sala revisora confirma la apelada, por considerar que es necesario actuar medios probatorios para determinar si el despido se encuentra justificado, lo cual no es posible en el proceso de amparo. Asimismo, consideró que, respecto a la presunta irregularidad en el trámite del despido, no se presenta acto irregular alguno, pues el Decreto Supremo 001-96-TR autoriza al empleador a despedir al trabajador una vez emitido su descargo.

El demandante, en el recurso de agravio constitucional de fecha 14 de diciembre de 2015, precisa que las sentencias de primer y segundo grado se han limitado a valorar los medios probatorios únicamente en función de su despido arbitrario, sin determinar si existe o no una vulneración de los otros derechos constitucionales demandados. Señala que existen medios probatorios suficientes para demostrar la vulneración de los demás derechos constitucionales alegados.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitório

1. El demandante sostiene que ha sido despedido arbitrariamente, debido a que se le ha imputado falsamente la comisión de una falta en base a la intervención de una conversación privada en una red social, así como por haberse emitido la carta de despido antes del término del plazo para la formulación de sus descargos. Solicita que se ordene su reincorporación en la empresa demandada como trabajador a plazo indeterminado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y, iv) Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
3. Desde una perspectiva objetiva, tenemos que el proceso laboral abreviado de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29491, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. En efecto, el inciso 2 del artículo 2 de dicha norma establece que los casos referidos a “la reposición, cuando ésta se plantea como pretensión principal única” serán dilucidados en el proceso laboral abreviado.
4. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el presente caso, la competencia territorial corresponde al distrito judicial de Huaura, en el cual hasta hoy no se ha materializado la aplicación de la Ley 29497. Por ende, no es posible afirmar la existencia de una vía igualmente satisfactoria que cuente con una estructura idónea para la tutela del derecho constitucional al trabajo.
5. En consecuencia, y al no haberse cumplido con todos los elementos exigidos por el precedente *Elgo Ríos*, este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia, para así evaluar si el actor fue objeto de un despido arbitrario.

Sobre la afectación del debido proceso

6. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”, mientras su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
7. Por otro lado, como ha señalado este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, el derecho fundamental al debido proceso, comprende, entre otros elementos, una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona pueda considerarse justo (STC 10490-2006-AA, fundamento 2).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

8. De ahí que este Tribunal haya destacado que los alcances de este derecho *continente* no abarcan exclusivamente al escenario judicial, sino que se proyecta también al ámbito de los procedimientos administrativos (STC 07569-2006-AA/TC, fundamento 6). Asimismo, este Tribunal ha establecido que el debido proceso debe respetarse al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica (STC 03359- 2006-PA/TC), las relaciones corporativas que se den en su interior.
9. Por su parte, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que también forma parte del derecho al debido proceso, y se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

[E]l derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios (STC N° 01480-2006- AA/TC, fundamento jurídico 2).
10. Debe resaltarse que el artículo 22 del Decreto Legislativo 728 establece lo siguiente: “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. En ese sentido, este Tribunal considera que la norma prevé una obligación del empleador de exponer las razones que sustentan el despido, por lo que es posible reconocer un derecho a la debida motivación en estos casos en favor del trabajador despedido o que se intenta despedir.
11. En el caso de autos, el demandante alega la vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente en su manifestación de derecho de defensa, pues, a pesar que en la carta de pre-aviso de las faltas imputadas se encontraba previsto un plazo de seis días para sus descargos (15 al 20 de octubre de 2014), puede verificarse que la carta de despido que le fue notificada el 21 de octubre de 2014, presenta un sello de recepción de la notaría de fecha 20 de octubre de 2014 (folio 2). Es por este motivo que el demandante sostiene que la empresa demandada habría elaborado su carta de despido de forma previa a la recepción de sus descargos, los cuales no habrían sido tomados en cuenta.
12. Al respecto, este Tribunal considera que es posible comprobar en el expediente los hechos alegados por el recurrente, siendo necesario, en realidad, verificar si se ha configurado una vulneración de su derecho al debido proceso en su manifestación del derecho a la debida motivación. En ese sentido, el acto lesivo del derecho a la motivación no se encuentra simplemente en el hecho que la empresa demandada haya elaborado la carta de despido de forma previa a la recepción de los descargos del recurrente, sino que se requiere un análisis que permita comprobar si es que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

dicha carta tomó en cuenta los argumentos alegados por el demandante para sustentar que no incurrió en algunas de las faltas imputadas.

13. A partir de la carta de despido (folios 2 y 3), puede identificarse que la empresa demandada se limita a sustentar el despido en las siguientes razones: i) el recurrente no ha podido demostrar que no haya accedido a una información clasificada de la empresa sin autorización; y, ii) el recurrente no ha dado cuenta sobre los documentos relacionados con cuentas pendientes por rendir, pese a que se le requirió de manera reiterada. De este modo, se concluye en la carta de despido que los hechos reflejan la realización de actos irregulares muy graves, los cuales suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral, por lo que debe declararse la irreversible extinción de la relación de trabajo.
14. En relación con la primera falta imputada, el recurrente argumenta en sus descargos (folios 16 a 31) que es falso que haya accedido al sistema de información reservada de la empresa, basándose dicha acusación únicamente en un informe que surgió a raíz de una conversación privada en la red social Facebook, medio probatorio que resulta insuficiente y que vulnera su intimidad.
15. Al respecto, este Tribunal considera pertinente señalar que, en el presente caso, no se advierte ni en la carta de pre-aviso, ni en la carta de despido, medio probatorio alguno que acredite que el accionante haya efectivamente ingresado al sistema de información de la empresa demandada. El despido se sustenta, en primer lugar, en el informe elaborado por el Jefe de Logística de la empresa anexo a la carta de pre-aviso (folio 10), en el cual se explica que dicho funcionario accedió desde la cuenta y equipo de su asistente a una conversación en la red social Facebook entre ésta y el recurrente (folio 8), percatándose que este último le solicitaba la clave de seguridad de un sistema de información reservada de la empresa.
16. De una revisión de la conversación de Facebook entre el recurrente y la asistente del Jefe de Logística de la empresa demandada que obra en el expediente (folio 8), puede verificarse que el demandante le solicita la clave de acceso al Sistema de Logística, indicándole esta última que no contaba con ella y que no presentaba forma alguna de ingresar a dicho sistema. Frente a ello, puede advertirse que el recurrente le responde “cuando logre el ingreso por data te activo como supervisora”, finalizando la conversación con la conformidad por parte de la asistente.
17. Como puede apreciarse, la conversación obtenida solo se limita a demostrar que el actor solicitó las claves a la asistente del Jefe de Logística. Sin embargo, no demuestra que el recurrente haya ingresado efectivamente al sistema de información reservado de la empresa demandada. Ahora bien, al encontramos en el presente caso frente a una conversación obtenida de una cuenta de Facebook y computadora de propiedad de la empresa demandada asignada a una trabajadora, surge la necesidad que este Tribunal se pronuncie sobre la intervención del empleador en las conversaciones privadas de sus trabajadores desde los medios



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

informáticos brindados por éste, específicamente cuando estas se ubican dentro de una red social.

Sobre las redes sociales en la relación de trabajo

18. En relación con los medios informáticos entregados por el empleador a sus trabajadores, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:

“(…) aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.” (fundamento 17 de la STC 105 8-2004-AA/TC)

19. Por otro lado, el artículo 2, inciso 10 de la Constitución recoge el derecho constitucional al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. En esa línea de pensamiento, el Tribunal ha considerado que el respeto del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental conlleva la siguiente interpretación de los alcances del control del empleador sobre los medios informáticos:

“(…) Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo” (fundamento 18 de la STC 1058-2004-AA/TC; fundamento 16 de la STC 04224-2009-PA/TC).

20. Sin embargo, la evolución de las tecnologías de la información y comunicación ha generado un gran impacto en las relaciones laborales, lo cual exige que este Tribunal deba realizar un análisis en tomo a dos cuestiones a la luz de estos importantes cambios: i) los límites al uso extralaboral de los medios informáticos de propiedad de la empresa por parte de los trabajadores; y, ii) la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso frente a los nuevos avances tecnológicos¹.

21. Una de las manifestaciones de dicha evolución tecnológica se encuentra en la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo. Ello conlleva que un uso abusivo del correo electrónico institucional pueda generar diversos perjuicios al

¹ CARDONA, María Belén. Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional. Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Vol. 5, No. 5, No. 2, 2005, p. 35.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC

HUAURA

MARCO ANTONIO PAUCARCAJA

MERCADO

empleador, los cuales van desde el tiempo que el trabajador no dedica a la prestación efectiva de trabajo o la distracción que genera en sus compañeros mediante el envío de mensajes de contenido extralaboral, hasta situaciones más graves, como la transmisión de informaciones confidenciales relativas a empleados, clientes o proveedores a terceros ajenos a la empresa, entre otras².

22. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el correo electrónico institucional en la sentencia recaída en el Exp. 3599-2010-PA, sin llegar a la sentencia en mayoría a un consenso sobre los límites de la facultad de fiscalización del empleador en estos casos. Por otro lado, debe tomarse en cuenta que una aplicación de la actual línea jurisprudencial seguida por este Tribunal conllevaría que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico institucional. Dicho con otras palabras, no tendría posibilidad alguna de poder monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa.
23. En ese sentido, resulta de gran importancia la revisión de los diversos pronunciamientos a nivel internacional que han analizado los alcances de la vigilancia del empleador frente a ese instrumento de trabajo, lo cual permitirá a este Tribunal fijar una posición sobre este punto. Esta postura debe, sin duda alguna, encontrarse en consonancia con los recientes avances tecnológicos.
24. En una reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), asunto *Barbulescu vs Rumania* (Exp. 61496/08), de fecha 5 de septiembre de 2017, se estableció que constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones el vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si es que el trabajador no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohibían su utilización con fines personales. Es necesario precisar que se trataba de una cuenta de Yahoo Messenger creada a petición de la empresa, con el fin de recibir y responder preguntas de los clientes.
25. En esa línea, la Gran Sala del TEDH ha establecido los siguientes criterios para determinar si es que el empleador puede o no monitorear las comunicaciones de sus trabajadores.
 - El trabajador debe haber sido informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que pueden utilizarse, y del alcance de las mismas, y no únicamente de la posibilidad de que el empresario puede emplear medidas de vigilancia.
 - El empleador debe prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando qué grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar del empleado, debiendo optar por aquella actuación menos intrusiva.

² CARDONA. María Belén. *Óp. Cit.*, p. 36



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

- El empleador debe poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida.
- La medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente determinar los hechos que lo puedan justificar.

Ello permite determinar una posición a favor de la posibilidad de controlar el contenido de los correos electrónicos desde los medios informáticos otorgados por el empleador si es que se cumple con los criterios antes señalados, dejándose de lado una posición que cierre de forma absoluta la fiscalización de su contenido por parte del empleador.

26. Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español ya venían respaldando esta posición. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que los sistemas informáticos de la empresa son un instrumento de trabajo sujeto a las facultades de control del empresario (TC 241/2012), señalando que “El empresario ha de establecer unas pautas sobre el uso de los medios informáticos y advertir de la existencia de controles, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones” (TC 241/2012).

27. En esa línea, el Tribunal Supremo español ha considerado que si la empresa prohíbe totalmente el uso de estas tecnologías con fines particulares, ya sea dentro o fuera del horario laboral, no se puede entender que el derecho fundamental a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones opera en el uso de estos equipos. En ese sentido, ha establecido lo siguiente:

“Cuando existe una prohibición absoluta de un uso personal, es posible su control y establecer mecanismos para controlar su uso exclusivamente laboral.

Si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no puede entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” en los términos establecidos en los siguientes pronunciamientos: TEDH 25-6-97, caso Halford; 3-4-07, caso Copland para valorar la existencia de una lesión del CEDH art.8.”

28. De este modo, es posible verificar que la jurisprudencia española se encuentra en la línea de lo establecido recientemente por el TEDH, por lo que no es posible sostener una prohibición absoluta por parte del empleador para fiscalizar el contenido de las conversaciones del trabajador si es que utiliza un medio tecnológico otorgado por la empresa como es el correo electrónico institucional. El mismo Tribunal Constitucional español ha reconocido el acceso empresarial a los correos del trabajador si es que se logra superar el juicio de proporcionalidad (TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

170/2013), siempre y cuando se trate de una medida ponderada y equilibrada que cumpla con los siguientes criterios:

- El control empresarial ha de realizarse con garantías (por ej.: a través de la intervención de perito informático y notario)
- El contenido de los mensajes no ha reflejar aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros implique una transgresión de la buena fe contractual.
- De tal forma que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador.

29. Por lo tanto, este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.

30. Asimismo, este Tribunal debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

31. Por otro lado, habiendo quedado clara la posibilidad del empleador de intervenir en las conversaciones del correo electrónico institucional si es que se cumple con los criterios antes señalados, es necesario ahora determinar si se presenta una afectación constitucional legítima o, por el contrario, una violación del derecho fundamental al Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones cuando se produce una intervención por parte del empleador en las conversaciones de un trabajador a través de una red social.

Análisis del caso concreto

32. En el presente caso, si bien la conversación se realizó a través de un equipo de cómputo de propiedad del empleador, una red social como el Facebook representa un medio de comunicación ajeno a la empresa demandada, el cual permite transmitir información desde cualquier lugar del mundo. Debe tomarse en cuenta que los usuarios contratan un servicio específico con la empresa Facebook, por lo que se trata de un servicio que se brinda independientemente del equipo que se utilice para conectarse a esta plataforma virtual.

33. En ese sentido, no es posible sostener que el hecho que el empleador sea propietario del equipo utilizado para ingresar al Facebook, permita considerar que una red



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

social merece un tratamiento similar al de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación que forma parte de la empresa o que es creado a pedido de la empresa y que debe utilizarse principalmente para fines laborales. Por lo tanto, al ser Facebook un medio de comunicación extremo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

34. Asimismo, la empresa demandada ha buscado justificar el despido a través de un informe realizado por la asistente con la que el recurrente tuvo la conversación de Facebook (folio 9), en el cual señala que durante el horario de refrigerio del día en el que se produjo la conversación por Facebook, el recurrente le confesó que ya contaba con las claves necesarias para ingresar al sistema de información reservada de la empresa. Sin embargo, es necesario anotar que no se ha demostrado con este medio probatorio que el accionante haya incurrido en la falta que se le imputa, la cual consiste en acceder a dicho sistema de información, sino que únicamente demuestra que el recurrente conocía dichas claves.
35. Por tanto, al no permitir los medios probatorios concluir que se incurrió en la falta imputada, este Tribunal considera que nos encontramos ante a una violación del debido proceso, específicamente ante una falta de motivación interna del razonamiento utilizado para aplicar el despido, pues los argumentos utilizados para la decisión no muestran una corrección lógica al concluir que el actor efectivamente ingresó al sistema informático reservado de la empresa demandada.
36. En relación con la segunda falta imputada, el demandante señala en sus descargos que no era posible afirmar la existencia de una resistencia del recurrente a los requerimientos reiterados por parte de la empresa demandada para que cumpla con entregar los documentos relacionados con cuentas pendientes por rendir. El accionante sustenta ello en base al Informe No. 0449-2014-OL-EHSA, emitido por el Jefe de Logística, de fecha 13 de octubre de 2014, en el cual se expresa la disponibilidad de la Jefatura para que se culmine la entrega de los documentos pendientes (folio 15). El recurrente alega en sus descargos que ese informe fue recibido cuando restaban solo 10 minutos para el cierre de las actividades administrativas de la empresa, siendo muy corto el tiempo para cumplir con lo requerido. Finalmente, señala que fue notificado con la carta de pre-aviso el 14 de octubre de 2014, por lo que no contó con el tiempo necesario para cumplir con el requerimiento de la empresa demandada.
37. En relación con dicha falta, puede verificarse que la carta de despido no ha tomado en cuenta los argumentos señalados por el recurrente en sus descargos, limitándose a repetir que existía un incumplimiento en la entrega de los documentos pendientes a pesar de los requerimientos reiterados por parte de la empresa. En ese sentido, este Tribunal considera que aquí también se ha producido una violación del debido proceso, específicamente al encontrarnos ante una motivación sustancialmente incongruente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, porque se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y al debido proceso. En consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Emapa Huaral S.A. que reponga a don Marco Antonio Paucarcaja Mercado como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publiquese y notificase.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo de los fundamentos 2 al 5, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.
2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la Justicia Constitucional constituye una vía célere para atender el derecho de la demandante, característica que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
3. Es decir, sí se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa. En el presente caso, el demandante viene litigando desde el 28 de octubre de 2014 (hace más de 3 años y 8 meses), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que, estando en un proceso avanzado en la Justicia Constitucional, se pretenda condenarla a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.
4. De otro lado es preciso señalar que es importante tener en cuenta que con el fin de no vulnerar el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el artículo 2 inciso 10, es preciso que los empleadores previamente comuniquen a los trabajadores respecto a la posibilidad de fiscalización en los dispositivos informáticos puestos a disposición por el empleador y que previamente se hayan dispuesto las reglas respecto a los usos de estos teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad con el fin de no vulnerar derechos fundamentales como los antes mencionados.

S.
BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Estoy de acuerdo con lo finalmente resuelto en esta sentencia. Sin embargo, formulo este fundamento de voto debido a que deseo efectuar algunas precisiones sobre el uso de redes sociales y la fiscalización con la que cuenta el empleador.

Como se conoce, en este caso se solicita que se deje sin efecto un despido arbitrario que se había originado por una acusación basada en un informe del Jefe de Logística, quien habría accedido a una conversación en la red social Facebook en la que el recurrente y un asistente, según se indica, discutían acerca del acceso a la clave de seguridad del sistema de información reservada de la empresa.

Ahora bien, la ponencia elabora un desarrollo interesante respecto de la atribución del empleador de poder efectuar esta clase de controles, y sostiene, en el párrafo 29, que el empleador tiene plena potestad de fiscalizar e intervenir correos electrónicos institucionales si es que previamente comunicó al trabajador sobre dicha posibilidad y acerca de las reglas aplicables a su uso.

Estoy de acuerdo con ello, tal y como lo expresé en mi fundamento de voto recaído en la STC 05532-2014-PA. Sin embargo, estimo que, en este caso, se encuentra en discusión una cuestión distinta a la del uso del correo electrónico institucional, ya que lo que se plantea en la demanda tiene que ver con el empleo de una red social. Ahora bien, la ponencia también explica esta distinción, y en el fundamento 33 indica que, a diferencia de lo que ocurre con los correos institucionales, cualquier intervención en una red social como Facebook se entiende como contraria al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Es en este punto en el que deseo manifestar mi discrepancia. La ponencia indica en ese mismo fundamento que Facebook es un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, y esto no necesariamente es así. Pueden existir trabajos como los de administradores de redes sociales (*community manager*) en los que la principal herramienta de trabajo es, precisamente, el empleo del Facebook, Twitter, u otra clase de plataformas. Es natural que, en esta clase de trabajos, el empleador se encuentre interesado respecto de la forma en que la página de su empresa o institución es administrada, por lo que bien podría fiscalizar los contenidos y las conversaciones que, en el uso de esa cuenta, realice el trabajador. Por ejemplo, es relevante, para la imagen de la empresa, examinar el trato que se tiene con los clientes en las conversaciones o los contenidos que se colocan en la página.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Evidentemente, esto no abarca la posibilidad de controlar la red privada del trabajador.

Sin embargo, es evidente que, con el trazado previo de reglas relativas al empleo de esta herramienta, pueda el empleador imputar faltas como las de, por ejemplo, hacer un uso desmedido de la red privada en horas de trabajo, ya que ese tiempo invertido puede ser perjudicial para un prolijo uso de la red social de la institución.

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, por las siguientes razones:

1. El demandante solicita que se ordene su reposición como Técnico en Catastro Comercial de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado EMAPA HUARAL S.A., dado que, según sostiene, ha sido objeto de un despido arbitrario.
2. A mi consideración, en el caso de autos, no se puede establecer con certeza la comisión de las faltas graves que se le imputan al actor, como no cumplir adecuadamente con las funciones propias del cargo que desempeñaba, acceder a información clasificada y a un sistema de la entidad sin autorización, entre otras conductas que también se le atribuyen, toda vez que en autos no existen elementos probatorios suficientes que permitan determinar de modo fehaciente si incurrió en responsabilidad por los hechos atribuidos como falta grave.
3. De las cartas de imputación de cargos y de despido obrantes de fojas 4 a 6 y de 2 a 3, respectivamente, se advierte que el cese del actor se sustenta en haber incurrido en las conductas descritas en el artículo 25, incisos a) y d), del Decreto Supremo 003-97-TR, esto es, el quebrantamiento de la buena fe laboral y la información falsa proporcionada al empleador con la intención de causarle un perjuicio u obtener una ventaja, lo cual también se establece en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa emplazada.
4. Por otro lado, la demandada sostiene que el actor incumplió las funciones señaladas en el ROF y el MOF institucional, al hacer uso indebido de información clasificada sin contar con la debida autorización, ingresar a un sistema de la entidad sin estar autorizado para ello, no haber hecho entrega del cargo (cuando ocupaba el cargo de jefe de logística) pese a los requerimientos efectuados, entre otros hechos. En los referidos documentos se indica también que el demandante habría recibido anteriormente otras sanciones por atentar contra la correcta administración de la entidad.
5. Por su parte, el actor manifiesta que la demandada ha fabricado pruebas; niega haber cometido alguna de las faltas que se le atribuyen e insiste en que son falsos los hechos que se pretende imputarle como faltas graves, toda vez que no se especificó debidamente qué funciones no habría cumplido. Además de ello, los informes en los cuales se sustentan las acusaciones en su contra adolecen de varios errores y contienen información incorrecta. Afirma también que para imputarle tales faltas se accedió a información personal de una red social, por lo que no pueden constituir una prueba válida en el procedimiento de despido (f.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

16). No obstante, se puede advertir que la adjudicación de dicha falta no solo se sustenta en la conversación electrónica mencionada, según lo refiere el Informe 434-2014-OL-EHSA emitido por el Jefe de Logística con fecha 30 de setiembre de 2014 (f. 10).

6. Y si bien el actor sostiene en su demanda que su despido sería consecuencia de su actividad sindical, en autos no existen elementos suficientes que acrediten que su despido haya sido motivado por formar parte del sindicato.

En ese sentido, en vista que el proceso de amparo carece de etapa probatoria que permita dilucidar la presente causa, la demanda debe rechazarse de plano, dejándose a salvo el derecho del actor para que reclame en la vía correspondiente. En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo³.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa⁴.

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).
4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).

³ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

⁴ Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización⁵.

⁵ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁶.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

⁶ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, considero que la presente demanda debe ser declarada improcedente, por los fundamentos que a continuación expongo:

Delimitación del Petitorio

1. El demandante sostiene que ha sido despedido arbitrariamente, debido a que se le ha imputado falsamente la comisión de una falta en base a la intervención de una conversación privada en una red social, así como por haberse emitido la carta despido antes del término del plazo para la formulación de sus descargos. Solicita que se ordene su reincorporación en la empresa demandada como trabajador a plazo indeterminado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

2. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
3. Al respecto, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
4. En el presente caso al no encontrarse vigente la Nueva Ley Procesal de Trabajo, por lo que la perspectiva objetiva ha sido superada. Sin embargo, desde la perspectiva subjetiva, no se advierte una necesidad de tutela de urgencia, más aún cuando se ve que ha ocupado el cargo de técnico en catastro comercial, lo cual no calza en los supuestos desarrollados en el criterio Cruz Llamos, es decir, no está en los supuestos de obrero municipal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

5. En consecuencia, al no superarse lo señalado tanto en el precedente Elgo Ríos como en el criterio Cruz Llamos, el proceso de amparo no es la vía idónea para resolver este tipo de controversias. En ese sentido, la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emité en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados generan un amplio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de derecho.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Firmado digitalmente por:
LEDESMA NARVAEZ
Marianella Leonor FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 14/07/2021 12:36:05-0500

Pleno. Sentencia 699/2021

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

Firmado digitalmente por:
REATEGUI APAZA Flavio
Adolfo FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 23/07/2021 11:45:11-0500

Firmado digitalmente por:
FERRERO COSTA Augusto FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 13/07/2021 16:43:24-0500

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de junio de 2021, los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales (con fundamento de voto), Blume Fortini, Ramos Núñez (con fundamento de voto) y Sardón de Taboada, han emitido, en mayoría, la sentencia que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Los magistrados Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares porque se admita a trámite la demanda de amparo.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto y que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Firmado digitalmente por:
MIRANDA CANALES Manuel
Jesus FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 16/07/2021 16:39:18-0500

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:
BLUME FORTINI Ernesto
Jorge FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 23/07/2021 11:20:02-0500

Firmado digitalmente por:
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA
Eloy Andres FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 20/07/2021 11:49:42-0500

Firmado digitalmente por:
SARDON DE TABOADA Jose
Luis FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 20/07/2021 16:15:23-0500

Firmado digitalmente por:
RAMOS NUNEZ Carlos
Augusto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 15/07/2021 13:51:35-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de junio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Rosa María Fonseca Li contra la resolución de fojas 100, de 26 de octubre de 2016, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El 26 de setiembre de 2014, Rosa María Fonseca Li interpone demanda de amparo contra el Gobernador del Distrito de Surco, provincia de Lima, Camilo Guerra Trillo, por la presunta afectación de sus derechos a la tutela procesal efectiva; al debido proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley; a la vida; a la integridad moral psíquica y física; a la libertad; a la intimidad; y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Por ello, solicita al emplazado que en el procedimiento administrativo sobre garantías personales que tramita a petición de Luris Portocarrero Tafur y Luis Felipe Battifora Varela en su contra (Expediente 555-2014), se excluya una prueba prohibida consistente en un audio gravado inconstitucional e ilegalmente.

Refiere que el 22 de setiembre de 2014, el emplazado le notificó la denuncia presentada por Luris Portocarrero Tafur y Luis Felipe Battifora Varela, emplazándola para que el concurra a una audiencia programada para el día 24 de setiembre en primera notificación y para el 26, en segunda notificación. Extraoficialmente ha tomado conocimiento que la denuncia presentada en su contra contiene una solicitud de otorgamiento de garantías personales, atribuyéndole supuestos insultos y actos de acoso y seguimientos. En dicha denuncia consta que se gravaron conversaciones telefónicas relacionadas con su esfera personal y con su actividad privada, lo que evidencia la inconstitucional interceptación telefónica.

El 21 de noviembre de 2014 (f. 39), el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio del Interior contesta la demanda, solicitando que aquella sea desestimada, pues para evaluar la incidencia de la prueba prohibida en la situación jurídica de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

demandante, debe evaluarse en abstracto el procedimiento administrativo sobre garantías personales, para verificar si afecta o no el debido proceso. Como dicho procedimiento aún no ha concluido, considera que la demanda interpuesta es prematura.

El 30 de noviembre de 2015, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima (f. 48), declaró improcedente la demanda, por considerar que dicho cuestionamiento debe realizarse al interior del procedimiento administrativo utilizando los mecanismos procesales que establece la norma pertinente; asimismo, refiere que un proceso de garantías no supone implicancia alguna en los derechos alegados.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 26 de octubre de 2016 (f. 100), confirma la apelada, toda vez que en el procedimiento de otorgamiento de garantías cuenta con un procedimiento administrativo específico y especial, donde las personas involucradas pueden cuestionar o hacer valer los medios probatorios que presenten, mientras que la jurisdicción constitucional puede actuar cuando haya terminado o agotado el debate en sede administrativa y frente a una posible vulneración de derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS

1. La recurrente solicita la exclusión de una presunta prueba ilícita, consistente en conversaciones telefónicas grabadas sin su consentimiento y presentadas como prueba en el procedimiento administrativo de otorgamiento de garantías personales seguido en su contra por doña Luris Portocarrero Tafur y don Luis Felipe Battifora Varela —dicha pretensión fue precisada en su recurso de apelación y de agravio constitucional—. Alega que la inclusión de dichas conversaciones en las que fue grabada por una de las denunciadas e interlocutora vulnera su derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones dispuesto en el artículo 2, numeral 10 de la Constitución Política del Perú, pues no hubo mandato judicial de por medio.

El secreto de las comunicaciones en la Constitución

2. La Constitución en el artículo 2, inciso 10, señala lo siguiente:

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.

3. En ese sentido, la protección otorgada por la Constitución no condiciona la protección a su contenido, y solo será válida la interceptación que cuente con la respectiva autorización judicial. Pretender lo contrario vía una interpretación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

constitucional, implica desconocer el contenido de la Constitución, así como reformar por la vía de los hechos, la carta fundamental.

4. Ciertamente, una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo, si no ocurre ello, tal grabación es *per se*, inconstitucional, y no puede ser objeto de convalidación.
5. Esta conducta es más grave aún, cuando una conversación es gravada fuera de los supuestos precedentemente señalados y quien realiza la grabación toma conocimiento y difunde hechos que puede afectar la intimidad de cualquiera de los intervinientes en aquella.
6. En principio, la intimidad se encuentra protegida por el artículo 2, inciso 7 de la Constitución, y también puede resultar vulnerada cuando una conversación que se desarrolla en un ambiente en el que existe una expectativa de privacidad (no en una vía pública o como consecuencia de un discurso o debate, sino en un ambiente privado como su domicilio, habitación de un hotel, etc.), o que se desarrolla vinculando únicamente a las personas que intervienen en ella (sea de modo verbal o utilizando herramientas tecnológicas), resulta intervenida o interceptada.
7. Sin embargo, verificar la afectación del derecho a la intimidad no es un requisito para determinar si el secreto de las comunicaciones también ha resultado afectado, pues la vulneración de este último se producirá siempre que se intervenga una conversación o comunicación sin contar con las autorizaciones respectivas. Por ello, no es de recibo apelar al carácter delictivo de algunas conversaciones privadas (o a razones de interés público o de moral pública), para convalidar la interceptación de comunicaciones hechas al margen de la Constitución.
8. La necesidad de la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, impone al legislador ordinario la obligación de regular el procedimiento para su desarrollo, pues tal atribución no puede ser ejercida de modo discrecional por los jueces penales.
9. Ello permite, además, el adecuado control constitucional de la medida dispuesta por el juez, así como de su implementación. Esto es, que se debe verificar no solo si se han cumplido los presupuestos legales para la autorización de las intervenciones, sino que también se debe analizar la legitimidad, necesidad e idoneidad de la medida y establecer mecanismo para evitar el mal uso de la información interceptada (divulgación de información que no está relacionada con la investigación de la que deriva la intervención o que pueda afectar la intimidad de los afectados, entre otras).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

10. En el presente caso, se alega la presunta afectación de un derecho fundamental, no en un procedimiento judicial ya finalizado, sino contra un procedimiento administrativo en trámite, el cual, por el agotamiento de la vía administrativa, podría devenir en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional). Por ello, este Tribunal considera que podría analizarse el fondo de la controversia.
11. No obstante, no se acredita en autos la existencia de la grabación o grabaciones supuestamente intervenidas a la recurrente. Si bien en los actuados se aprecia la denuncia en tal sentido, el análisis de la presunta afectación del derecho invocado no puede ser realizado en abstracto, razón por la que la demanda de autos debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA**

PONENTE SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto, pues, si bien concordamos con la improcedencia que declara la ponencia, consideramos necesario apartarnos de lo señalado en los fundamentos 4 y 5.

Al respecto este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la tutela del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones "(...) no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial". (cf. Sentencias 00445-2018-HC/TC, fundamento 34; 04715-2015-PHC/TC, fundamento 5).

Por lo tanto, aclarado lo referido votamos a favor de que se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, si bien concurdo con que se declare improcedente la demanda, me permito realizar las siguientes observaciones:

1. El fundamento 10 de la ponencia señala que el agotamiento de la vía administrativa podría devenir en irreparable, sin embargo, no expone las razones que justifiquen el punto. De este modo, la improcedencia del presente caso es consecuencia de la falta agotamiento de la vía previa.
2. De otro lado, el fundamento 11 de la ponencia señala que no está probada la existencia de las grabaciones que se cuestionan en la demanda. No obstante, de la solicitud de garantías, presentada por doña Luris Portocarrero Tafir contra la amparista (folio 8 y ss.), se desprende que esta sostiene haber grabado cinco conversaciones en las que se puede identificar a la recurrente y otra persona (cf. fundamento 5); grabación que realizó "frente a los constantes insultos y frente a la persecución que esta[ba] sufriendo" (sic). De tal suerte que señalase como medio probatorio que acompañaba la referida petición —entre otros— lo siguiente:

1.C. Sobre cerrado que contiene una de las grabaciones con la voz de la denunciada, la misma que se adjunta para que usted pueda advertir el grado de agresividad con el que estoy siendo atacada. Asimismo, con esta grabación se podrá verificar como es verdad que la denunciada tiene conocimiento de mi paradero y mis movimientos. [Sic]

3. Asimismo, me aparto de lo señalado en los fundamentos 4 y 5 sobre el secreto de las comunicaciones. En efecto, el párrafo 4 de la ponencia señala lo siguiente "...una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo...". La redacción de dicho fundamento es algo equívoca, puesto que lo sostenido por este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia consiste en que la tutela de este derecho no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien me encuentro de acuerdo con que la demanda de amparo sea declarada **IMPROCEDENTE**, considero necesario hacer algunas precisiones.

En el fundamento 4 de la sentencia se señala que: “una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo, si no ocurre ello, tal grabación es *per se*, inconstitucional, y no puede ser objeto de convalidación”. Esta redacción es ambigua ya que, en relación con la protección de este derecho, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

Que la tutela del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones “(...) *no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial*”. (Fundamento 5, STC 04715-2015-PHC/TC)

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Me adhiero al voto de mi colega magistrado Espinosa-Saldaña Barrera por los fundamentos que en el mencionado voto se expresan. En tal sentido, considero que debe declararse **NULA** la resolución recurrida de fecha 26 de octubre de 2016 y **NULA** la resolución de fecha 30 de noviembre, hasta fojas 25 inclusive y **DISPONER** que se realice una nueva investigación y se emita la resolución que corresponda a la brevedad posible.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas. Ello en mérito a las siguientes consideraciones:

1. Contrariamente a lo señalado por los jueces que conocieron la presente demanda, considero que se ha cometido un manifiesto error de apreciación. En cuanto a lo expresado en primera instancia o grado en el sentido de que la pretensión de la recurrente de invalidar el audio presentado por la recurrente en el procedimiento administrativo sobre garantías personales que se tramita a petición de Luis Portocarrero Tafur y Luis Felipe Battifora Varela en su contra (Expediente 555-2014), por tratarse presuntamente de una prueba prohibida, tiene que hacerlo valer dentro del citado procedimiento administrativo. Al respecto, conviene precisar que el cuestionamiento formulado por la actora es de carácter sustancial y alude a la presunta incorporación de un medio probatorio obtenido vulnerándose el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, reconocido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución.
2. En relación con lo manifestado por la segunda instancia o grado, en el sentido de que la jurisdicción constitucional recién intervendría cuando haya terminado o agotado el debate en sede administrativa y frente a una posible vulneración de derechos fundamentales, cabe anotar que dicho argumento no toma en cuenta que la tutela de derechos fundamentales se produce también en supuestos de amenaza de violación de los mismos, como lo reconoce expresamente el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
3. De otro lado, me aparto de lo señalado en los fundamentos 3 a 7 de la ponencia, por cuanto establece una interpretación restrictiva sobre cuándo se limita el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Ello, por las siguientes razones:

Sobre la prueba prohibida y su excepción

a) Este Tribunal Constitucional ha reconocido de modo general el concepto de prueba ilícita, asumiendo que “no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico” (Expediente 06712-2005-PHC), y que constituye un principio de la actividad probatoria la licitud del medio probatorio a ser empleado (Expediente 02333-2004-PHC/TC). De modo más específico, este Tribunal Constitucional también ha reconocido que esto implica una exclusión de los medios probatorios que han sido obtenidos violando derechos constitucionales (Expedientes 02053-2003-PHC/TC, 00655-2010-PHC/TC), lo que ha sido denominado por la doctrina de manera mayoritaria como “prueba prohibida”.

b) La regulación general sobre prueba prohibida se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

señala que “*carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*”. Al respecto, se podría alegar que nuestro sistema ha recogido en materia de prueba prohibida la doctrina del “*Fruto del árbol envenenado*”, consistente en que todas aquellas pruebas obtenidas, inclusive lícitamente, que se basan, derivan o tienen su origen en información o datos conseguidos por una prueba prohibida, no podrán ser admitidas o valoradas.¹

c) Ante ello, la doctrina alemana recurrió al criterio de proporcionalidad para analizar la relación entre el derecho proclamado para impugnar la prueba ilícita y el que se protege al aceptar esa prueba.² De manera más matizada, considero que es aplicable para el análisis de la prueba prohibida *el principio de equilibrio y razonabilidad*, que establece lo siguiente:

“(…) en la problemática de la “prueba ilícita” convergen valores, derechos y bienes jurídicos que se encuentran en el mismo grado de jerarquía normativa, por lo que los conflictos que en cada caso concreto se susciten entre sí, para decidir sobre la admisión o exclusión de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, no pueden solucionarse en términos de predominio de alguno sobre los demás, sino en términos de equilibrio y razonabilidad (…) (es decir, fin lícito y proporcionalidad)”.³

El secreto de las comunicaciones como supuesto de prueba prohibida

d) Un supuesto de prueba prohibida reconocido en la Constitución se encuentra establecido en el citado artículo 2 inciso 10 de la Constitución, referido al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Al respecto, en contra de lo señalado por la ponencia, la doctrina ha señalado que la protección brindada en dicho artículo no es absoluta, sino que también debe ser contrastada con los intereses generales que también son protegidos por el ordenamiento jurídico, como ocurre con la prevención y represión de los delitos, que tienen clara trascendencia social.⁴ Recordemos en este aspecto que *la lucha contra la corrupción* es un principio constitucional que, como tal, debe guiar la actuación del Estado, y se orienta a la preservación del correcto funcionamiento de la administración pública, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el desarrollo integral del país (STC Exp. 00016-2019-PI/TC, fundamentos 4 y 10).

e) En esa línea, en el Recurso de Nulidad 4826-2005 LIMA (caso “El Polo II”), la

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima, 2012. p. 120

² PARRA, Jairo. Pruebas ilícitas. p. 41. En: Ius Et Veritas N° 14 (1997).

³ ALARCÓN BUSTAMANTE, Reynaldo. El problema de la “prueba ilícita”: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. p. 155. En Themis (43)

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima, 2012. p. 128.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República aplicó la *“Teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”* para validar determinados medios probatorios, en el entendido que la infracción cometida para su obtención es de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación (que en dicho caso era el delito de terrorismo).

f) Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el año 2004⁵, se señaló como excepción para admitir una prueba en contravención del derecho al secreto de las telecomunicaciones los casos de confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, lo que ha sido denominado como *“Teoría del Riesgo”*. En este último caso, su validez se justifica en *“(…) el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste”*.

g) Con fecha más reciente, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 2076-2014 LIMA NORTE, declaró que una conversación telefónica grabada y presentada como medio probatorio por uno de los interlocutores de la misma no constituye prueba prohibida:

(i) Tanto porque se trató de una conversación entre dos personas, unas de las cuales era el interlocutor que aceptó efectuar esa llamada –no intervino un tercero ajeno a la conversación, por lo que no exista vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y el contenido de la conversación no era íntimo o privado (...), (ii) tanto porque se está ante un delito de tracto sucesivo (...) por lo que no se indujo al imputado a delinquir (...) (iii) Tratándose de una conversación entre dos personas –un de las cuales aceptó la grabación-, no se necesitaba autorización judicial (...) (iv) No es ilícito, por lo demás, que la autoridad inste a uno de los imputados a tener una conversación con otro de los partícipes en el delito y que esa conversación se grabe (...); (v) A los efectos de la transcripción judicial, no es constitutiva de su eficacia procesal la intervención del defensor (...)

h) De ello se concluye entonces que *“(…) la grabación subrepticia que una persona hace de otra con la que está conversando sobre la comisión de hechos delictivos no constituye ilícito alguno y puede, por ello, ser utilizada como prueba de cargo en un procedimiento penal. Y no lo constituye, en primer lugar, porque con esa grabación no se está vulnerando el secreto de las comunicaciones, ya que este secreto sólo resulta lesionado cuando tiene como sujeto activo a una tercera persona ajena a los que intervienen en la conversación, mientras que no puede ser vulnerado por ninguno de los interlocutores, ya que para ellos la conversación no*

⁵ Disponible en: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

es ajena ni secreta, sino propia".⁶

i) A su turno, en la sentencia recaída en el Expediente 04715-2015-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que la tutela del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones "*(...) no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial*" (fundamento 5).

4. Como se advierte entonces, en la práctica de los procesos penales como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se establecen restricciones válidas al derecho al secreto de las comunicaciones, fuera del supuesto de que exista una autorización judicial, las que se justifican en el hecho que existen otros bienes y derechos de rango fundamental que también deben ser preservados, en aplicación del principio de *equilibrio y razonabilidad*.
5. En el presente caso, la actora aduce que se ha presentado una grabación de una conversación telefónica sostenida presuntamente con doña Luris Portocarrero Tafur en el procedimiento administrativo en el que ésta solicita garantías ante la Gobernatura de Surco en su contra lo que, a su entender, vulnera su derecho al secreto de las comunicaciones, configurándose además un supuesto de prueba prohibida. Cabe precisar además que, de autos, no se advierte que se haya analizado el contenido del audio cuestionado por la recurrente, lo que evidencia un defecto en la investigación realizada por los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado en el presente proceso.
6. En virtud de lo expresado, y teniendo en cuenta que las resoluciones impugnadas en el presente proceso han sido expedidas incurriendo en un vicio procesal insubsanable que afecta trascendentalmente la decisión de primera y segunda instancia o grado, resulta de aplicación al caso el segundo párrafo del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, el cual a la letra dice: "Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio [...]". En consecuencia, soy de la opinión que ambas resoluciones deben anularse, a fin de que se amplíe la investigación.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones en las que una persona recoge las manifestaciones de su interlocutor y que acreditan la comisión de hechos delictivos p. 20. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales VOL. LXIX, 2016.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

Siendo así, considero que en el presente caso se debe:

1. Declarar **NULA** la resolución recurrida de fecha 26 de octubre de 2016 y **NULA** la resolución de fecha 30 de noviembre, hasta fojas 25 inclusive.
2. **DISPONER** que se realice una nueva investigación y se emita la resolución que corresponda a la brevedad posible.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 02

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA IV
FOJAS 02



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC
APURIMAC
ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de julio de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alan Siasmany Quintano Saravia contra la resolución expedida por la Sala Mixta de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, de fojas 188, su fecha 9 de diciembre de 2010, que declaró infundada la demanda de autos.

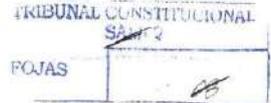
ANTECEDENTES

Con fecha 12 de marzo de 2010, don Alan Siasmany Quintano Saravia interpuso demanda de amparo contra la Fiscal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Abancay, doctora Mary Luz Merino Villegas y contra el Procurador del Ministerio Público, a fin de que se declare la nulidad e ineficacia de las grabaciones de las conversaciones telefónicas que sostuvo con don Tomás Gutiérrez Berrio los días 29 y 30 de diciembre de 2009, así como la nulidad e ineficacia de los demás medios de prueba obtenidos como consecuencia de tales grabaciones, aduciendo que constituyen medios probatorios ilícitos en la medida que han sido obtenidos con vulneración de sus derechos fundamentales y, a pesar de eso, han sido incluidos en la denuncia fiscal formulada en su contra por el delito de cohecho pasivo propio. Alega, por tanto, la violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como la contravención del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Refiere que el 30 octubre de 2009 le compró un carnero al señor Tomás Gutiérrez Berrio, pagándole un adelanto de S/. 50.00. Agrega que debido a la demora en la entrega del carnero le exigió al vendedor el cumplimiento del contrato y que este, pretendiendo evadir su obligación, acudió donde la fiscal emplazada, la que lo indujo para que, por medio de un celular habilitado como privado, hiciera llamadas a su celular, las que fueron escuchadas y grabadas sin su autorización, y fueron posteriormente manipuladas e incorporadas en un CD a efectos de realizar otros actos de investigación, que sirvieron para formalizar una denuncia en su contra por el delito de cohecho pasivo propio. Asimismo, sostiene el accionante que la fiscal emplazada indujo al señor Tomás Gutiérrez Berrio para que realice actos con apariencia delictiva,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC

APURIMAC

ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

pues, el día 30 de diciembre de 2009, tal funcionaria le dio de su propio dinero cinco billetes de S/. 10.00 para que, a su vez, este se lo entregue. Sostiene, además, que fue intervenido por la Policía Nacional en circunstancias en que el señor Gutiérrez Berrio le devolvía los S/. 50.00 entregados por el carnero en calidad de adelanto; hechos sobre los que, según refiere, el señor Gutiérrez Berrio ha señalado expresamente haber sido inducido por la fiscal emplazada y encontrarse totalmente arrepentido, de lo que se desprende que la referida fiscal ha obtenido un medio probatorio ilícito con el único afán de perjudicarlo.

Admitida a trámite la demanda, la fiscal emplazada, a través de su escrito de contestación (fojas 87), solicitó que esta sea declarada infundada, por cuanto si bien se procedió a escuchar y grabar las conversaciones telefónicas realizadas entre don Tomás Gutiérrez Berrio y el ahora demandante, don Alan Siasmany Quintano Saravia, tal intervención se hizo con motivo de una denuncia por el delito de cohecho pasivo formulada verbalmente por el primero contra el segundo de los nombrados, lo que fue autorizado por el propio denunciante. En tal sentido, enfatizó que resulta constitucional la intervención del Ministerio Público para conocer (grabar o escuchar) el contenido de las comunicaciones entre privados, cuando uno de ellos lo solicita y lo permite, siempre que mediante esa comunicación uno de ellos cometa un ilícito en agravio del otro y que dicho ilícito sea perseguible de oficio. Por su parte, el Procurador del Ministerio Público, a través de su contestación a la demanda (fojas 124), solicitó que la demanda sea declarada improcedente, afirmando que la intervención de las conversaciones telefónicas ha sido autorizada y permitida por uno de los interlocutores y, además, porque las conversaciones versaron sobre hechos ilícitos y no sobre aspectos que revelen información sobre la vida íntima o personal.

Con fecha 25 de agosto de 2010, el Juzgado Mixto de Abancay declaró infundada la demanda al considerar que no se ha producido la violación de los derechos invocados, toda vez que uno de los intervinientes en la comunicación privada decidió voluntariamente poner de manifiesto su contenido ante un tercer sujeto, en este caso la representante del Ministerio Público, siendo entonces evidente que la ruptura del secreto de la comunicación resulta atribuible a uno de los intervinientes, en este caso al señor Gutiérrez Berrio y no precisamente a la representante del Ministerio Público.

Con fecha 9 de diciembre de 2010, la Sala Mixta de Abancay, confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC
APURIMAC
ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad e ineficacia de las grabaciones de las conversaciones telefónicas sostenidas por el actor con don Tomás Gutiérrez Berrio los días 29 y 30 de diciembre de 2009, así como la nulidad e ineficacia de los demás medios de prueba obtenidos como consecuencia de estas grabaciones, toda vez que, a juicio del demandante, constituyen medios probatorios ilícitos en la medida en que han sido obtenidos con vulneración de sus derechos fundamentales. Empero, a pesar de esto, fueron incluidos en la denuncia formulada en su contra por el delito de cohecho pasivo propio. Alega, la violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y la contravención del principio de interdicción de la arbitrariedad.

El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

2. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados que se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, prohíbe que las comunicaciones y documentos privados de las personas sean interceptados o conocidos por terceros ajenos a la comunicación misma, sean estos órganos públicos o particulares, salvo que exista autorización judicial debidamente motivada para ello. Al respecto este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado 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 (...), como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello” (Cfr. STC 2863-2002-AA/TC, fundamento 3, STC 003-2005-AI/TC, fundamentos 359-362, entre otras).
3. En efecto, la prohibición contenida en la disposición constitucional antes mencionada se dirige a garantizar de manera inequívoca la impenetrabilidad de la comunicación en cualquiera de sus formas o medios, a fin de que no sufra una injerencia externa por parte de terceros, pues la presencia de un actor ajeno o extraño a los que intervienen en el proceso comunicativo es precisamente el elemento indispensable para invocar la posible afectación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. No obstante ello, la función tutelar de este derecho no alcanza a quien siendo parte de una comunicación registra, capta o graba también su propia conversación ni tampoco a quien siendo parte de dicha comunicación autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que acceda a la comunicación. Desde esta perspectiva, es constitucionalmente posible sostener



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTCA
FOJAS 05

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SA
FOJAS 10



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC
APURIMAC
ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se ve vulnerado cuando alguna de las partes intervinientes en el proceso comunicativo perenniza o graba para sí la comunicación en la que forma parte o cuando de manera libre, voluntaria y expresa permite, posibilita o autoriza la interceptación, grabación o el acceso al contenido de la comunicación a un tercero ajeno a la comunicación misma. Cuestión totalmente distinta, hay que insistir, es la intervención en la comunicación de un tercero que no tiene autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial. Ello es así porque, repetimos, lo que constitucionalmente está vedado es la injerencia externa en la comunicación de un tercero que no tiene autorización alguna y no el registro o la autorización para el acceso a la propia comunicación.

4. Teniendo en cuenta lo anterior, también es posible sostener que en base al dominio de la comunicación que posee cada uno de los interlocutores, el registro para sí o la autorización para acceder a ella por cualquiera de estos y el conocimiento del contenido de la comunicación, tampoco supone la violación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. Planteadas así las cosas, esto es, la permisión del acceso al contenido de la comunicación (el mensaje, la identificación del otro interlocutor, el equipo o medio técnico utilizado o cualquier otro contenido) surge, sin embargo, el problema de la posible afectación a la esfera más íntima del otro interlocutor. Para el análisis del problema, resulta preciso distinguir entre el proceso de la comunicación y el contenido de la comunicación. El primero, según ha quedado dicho, prohíbe cualquier injerencia externa por parte de un tercero, salvo que exista autorización válida. El segundo no impone un deber de reserva o de secreto de lo comunicado por el solo hecho de haber recibido o entrado en la comunicación. Ello es así porque, en tal supuesto, solo si el contenido de la comunicación fuera difundido o transmitido a terceros, esa actuación tal vez puede suponer, según sea el caso, la afectación del derecho a la intimidad personal o familiar, pero no la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones.
5. Lo anteriormente expuesto tiene adecuado respaldo constitucional, porque si bien la difusión o transmisión del contenido de la comunicación a terceros puede implicar la violación del derecho a la intimidad personal o familiar, no toda difusión o transmisión a terceros supone *per se* la afectación a este derecho, pues este también puede ser sujeto de limitaciones y/o restricciones. Así pues, existen algunos supuestos en los que precisamente a través de dicha actuación se busca proteger otros bienes igualmente legítimos, entre ellos el interés general en la investigación y persecución del delito u otro bien constitucional análogo. Ello es así porque no se puede comprender, mucho menos defender, el interés constitucional que pueda existir, por ejemplo, al proteger el secreto de la comisión de un delito. Al contrario, en esos supuestos, en lugar de existir la "obligación" de secreto o reserva del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	06

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
SALTA	
FOJAS	11



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC
APURIMAC
ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

contenido de la comunicación, existe más bien la obligación de denunciar el hecho delictivo una vez conocido. En relación a esto último, tal obligación incluso viene impuesta a través de la tipificación del delito de omisión de denuncia (artículo 407 del Código Penal).

El principio de interdicción de la arbitrariedad

6. En cuanto al principio de interdicción de la arbitrariedad, este Tribunal en reiterada jurisprudencia reconoce el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (STC 0090-2004-AA/TC, fundamento 12; STC 0535-2009-PA/TC, fundamento 17; entre otras).

Análisis del caso materia de controversia constitucional

7. En el caso constitucional de autos este Tribunal debe determinar si efectivamente la intervención (grabación y escucha) de la conversación telefónica en la que fuera parte el ahora demandante, don Alan Siasmany Quintano Saravia, por el otro interlocutor en la misma, don Tomás Gutiérrez Berrio y por la Fiscal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Abancay, doctora Merino Villegas, vulnera o no el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del actor, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad. Al respecto, según el demandante, se ha efectuado de manera arbitraria una injerencia en su derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y al contenido de ellas, toda vez que la fiscal emplazada indujo al señor Gutiérrez Berrio para que realice llamadas a su celular y emita expresiones que tengan la apariencia de delito, tanto más si dichas conversaciones estaban referidas a asuntos privados como es la compra de un camero. La fiscal emplazada, en cambio, ha manifestado que la intervención de la conversación telefónica se produjo con motivo de la denuncia formulada por don Tomás Gutiérrez Berrio y mediante la autorización respectiva de este.
8. En autos se aprecia que con fecha 29 de diciembre de 2009, a horas 10:30 am., don Tomás Gutiérrez Berrio (contra quien se seguía un proceso penal por el delito de lesiones ante el Tercer Juzgado Penal de Abancay) interpuso denuncia verbal ante la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Abancay a cargo de la fiscal emplazada, contra el ahora demandante, el SOT PNP Alan Siasmany Quintano Saravia, por el delito de



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC
APURIMAC
ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

cohecho pasivo propio, denunciando que el efectivo policial le dijo: “que había dejado el número de su celular a su cónyuge (Eulalia Pelayza Allca), y que debería constituirse hacia la ciudad de Abancay en fecha 29 de diciembre del año en curso y le llamara a su celular, si en caso no lo hiciera retornaría a su domicilio y lo llevaría del cogote (...), indicándole este efectivo policial que cuando se constituya a la ciudad de Abancay y se presente ante su persona le traiga dinero” (fojas 30). Conocidos estos hechos, a horas 10:42 am, se dispuso que a través de un teléfono habilitado por la fiscalía, el denunciante realizara las llamadas al número telefónico proporcionado por el efectivo policial 983780797, procediéndose a la grabación de las conversaciones en la memoria del celular, las que luego fueron copiadas a un CD para su evaluación; intervención que fue realizada por la representante del Ministerio Público con el concurso y la autorización del señor Gutiérrez Berrio, según se aprecia de su firma consignada en el acta correspondiente (fojas 32). Lo mismo se hizo al día siguiente, según acta del 30 de diciembre de 2009 (fojas 33).

9. Pues bien, del acta de reconocimiento de voz de ahora demandante, don Alan Siasmany Quintano Saravia (fojas 69) y, más específicamente, de la parte relevante del registro de la conversación en audio CD (fojas 85), se aprecia que este le manifiesta a don Tomás Gutiérrez Berrio lo siguiente: “...la verdad yo no soy quien para exigirle, pero tu ve cuanto, cuanto te puede costar tu asunto, si puedes unos setenta así, pues para darle también sabes al comisario para que firme, ya unos sesenta o setenta para que firme pues”. De otra conversación, se aprecia lo siguiente “...ya sabes yo te puedo ayudar (...), pero trata de conseguirte si no el documento va ir a la fiscalía”. Igualmente, lo siguiente: “...coge un auto y vente aquí al Parque El Olivo ya, ahorita te estoy esperando”. Este último, fue el lugar donde fue intervenido por la Policía Nacional con participación del Ministerio Público el día 30 de diciembre de 2009, encontrándose en el bolsillo de su casaca los 5 billetes de S/. 50.00 que fueron proporcionados por la Fiscalía (fojas 38).
10. Así las cosas, el análisis de este Tribunal ha de partir, en primer lugar, teniendo en cuenta el contexto en el que se produjo la intervención de la conversación telefónica realizada entre don Tomás Gutiérrez Berrio y el SOT PNP Alan Siasmany Quintano Saravia, demandante en este proceso. Al respecto, según ha quedado descrito, la decisión de intervenir la referida comunicación y, con ello, de acceder al contenido de la misma, se produjo en el contexto de una denuncia verbal previa por parte de don Tomás Gutiérrez Berrio ante la alta probabilidad de que se produzca la consumación del delito de cohecho pasivo propio, en su agravio; intervención que, como ha mencionado, se produjo con la expresa autorización de uno de los interlocutores, el que autorizó la grabación de las llamadas, lo que se hizo para conocer la existencia de la alta probabilidad de la consumación del delito de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 08

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA 2
FOJAS 11



EXP. N.º 00867-2011-PA/TC
APURIMAC
ALAN SIASMANY QUINTANO
SARAVIA

cohecho pasivo propio; el que, por cierto, es algo que el agraviado pudo haber realizado en forma particular o por otra persona a su encargo. En cambio, existen mayores garantías cuando se realiza, previa denuncia de la posible comisión de un delito, por el órgano que constitucionalmente tiene el encargo de la investigación y la persecución del delito, evitando incluso la posible manipulación del material en el que fueron grabadas las conversaciones.

- 11. Por lo dicho, este Tribunal no comparte la tesis del demandante en el sentido de que las partes intervinientes en la conversación grabada los días 29 y 30 de diciembre de 2009, no autorizaron la intervención de la comunicación y que la entrega del dinero a su persona era la devolución de dinero ante el fracaso por la venta de un camero, pues la actuación del Ministerio Público, en la persona de la fiscal Merino Villegas, fue autorizada por don Tomás Gutiérrez Berrio. Por tales motivos, este Tribunal considera constitucionalmente legítima la intervención (grabación y escucha) de la comunicación telefónica realizada entre los entonces denunciante y denunciado, pues tal intervención no ha supuesto la violación del derecho al secreto de las comunicaciones del actor. Por lo demás, en las grabaciones no hay nada que pueda entenderse como parte de la vida íntima o intimidad personal del ahora demandante, y, por lo tanto, pueda invocarse la afectación del derecho a la intimidad. Todo lo contrario, según ha quedado descrito, lo escuchado y grabado de la conversación de los días 29 y 30 de diciembre de 2009 tiene que ver con actos ilícitos que llegaron a consumarse el día 30 de diciembre de 2009, los mismos que resultarían constitutivos del delito de cohecho pasivo propio, por lo que, al no haber afectación alguna de derechos, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ**

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de agosto de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Giuseppe Balleta Bustamante contra la resolución de fojas 538, de fecha 16 de enero de 2013, expedida por la Quinta Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de junio de 2012, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la titular del Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, doctora Betsy Munaico Gamarra, y los jueces integrantes de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Menacho Vega, León Sagástegui y Carbonel Vilchez, solicitando se declare la nulidad de la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, que lo condenó por los delitos de extorsión y tenencia ilegal de armas, y su confirmatoria de fecha 25 de enero de 2012; debiéndose en consecuencia disponer la nulidad del proceso penal y su inmediata libertad, puesto que considera que se le está afectando sus derechos a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, incluyendo allí específicamente los derechos a la igualdad ante la ley, a la defensa, a probar, y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, y demás derechos conexos a la libertad personal.

Refiere que en el proceso penal que se le siguió por los delitos contra el patrimonio, en la modalidad de extorsión y contra la seguridad pública en la modalidad de tenencia ilegal de armas, fue condenado a 16 años de pena privativa de libertad. Expresa que las resoluciones cuestionadas carecen de una debida motivación, puesto que los jueces emplazados han incurrido en reacciones subjetivas, no basándose en cuestiones objetivas. Señala que no hubo flagrancia en etapa policial y que su detención fue ilegal, habiendo sido intervenido sin la presencia de un fiscal y de su abogado defensor. Afirma, asimismo, que las pruebas fueron incorporadas en el atestado policial sin la presencia de su abogado defensor, no habiéndose actuado las mismas en el juicio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OTDA
FOJAS	24



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC
LIMA
GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

oral a efectos de que sean cuestionadas. Manifiesta que no se han tomado en cuenta las declaraciones de los efectivos policiales que lo intervinieron; que no se le confrontó con la agraviada y que las grabaciones –que constituyen prueba prohibida– no fueron sometidas a contradictorio en el juicio oral. Finalmente expresa que no existe motivación respecto de los delitos de extorsión y de tenencia ilegal de armas.

Realizada la investigación sumaria, el recurrente se ratifica en lo expresado en su demanda, señalando que no se han tomado en cuenta pruebas que fueron incorporadas al proceso, habiéndose valorado pruebas prohibidas y convalidado una serie de irregularidades. Por su parte, los jueces superiores emplazados coinciden al expresar que el recurrente fue condenado en un proceso regular sobre hechos que fueron materia de dilucidación en la secuela del proceso. Asimismo, la jueza Munaico Gamarra, también emplazada, sostiene que la resolución cuestionada fue emitida respetando las garantías y los derechos constitucionales, habiendo confirmado la Sala superior la decisión.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 24 de octubre de 2012, declara improcedente la demanda considerando que el proceso de hábeas corpus no puede ser utilizado como una instancia de revisión de lo actuado en la justicia ordinaria, y que al interior de él no es posible pronunciarse sobre la responsabilidad o culpabilidad del recurrente.

La Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada por similares argumentos.

El recurso de agravio constitucional reproduce los mismos argumentos esgrimidos en la demanda.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es declarar la nulidad de la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011 y su confirmatoria de fecha 25 de enero de 2012, y que, en consecuencia, se disponga la nulidad del proceso penal y la inmediata libertad del recurrente. Expresa que se están afectando sus derechos a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, incluyendo allí específicamente los derechos a la igualdad ante la ley, a la defensa, a probar y a la debida motivación de las resoluciones judiciales; así como infringiendo los principios de presunción de inocencia e *indubio pro reo*, derechos conexos a la libertad personal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	25



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC

LIMA

GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

Consideraciones previas

2. El recurrente denuncia la afectación de una serie de derechos constitucionales, entre ellos, el derecho al debido proceso, alegando que en el momento de su detención no existió flagrancia.

3. Sustenta su demanda en lo siguiente: i) las supuestas llamadas de extorsión referidas a la entrega del dinero comenzaron en diciembre de 2010; ii) actuó como abogado intermediario de la señora Rojas Polar; y, iii) recibió el dinero por indicación de la supuesta víctima Rojas Polar. En tal sentido, se evidencia que, más que expresar argumentos que denuncien la falta de flagrancia al momento de la detención, lo que hace es esgrimir argumentos de irresponsabilidad penal, razón por la cual es de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

4. Denuncia también la afectación de su derecho a la prueba, puesto que considera que la gran mayoría de pruebas fueron incorporadas en el atestado policial sin la presencia de su abogado defensor, y que tampoco fueron actuadas en el juicio oral para poder ser cuestionadas. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado que

el derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor (...) Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (STC 4831-2005-PHC/TC, fundamento 6). Del mismo modo, ha establecido que el derecho a la prueba es un derecho complejo cuyo contenido comprende.

(...) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, [el derecho] a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda [...] (Cfr. STC 06712-2005/HC/TC, fundamento 15).

5. En el presente caso, el recurrente no señala las pruebas que presentó para acreditar los hechos, ni tampoco señala las pruebas que, a su entender, no fueron valoradas o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	26



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC

LIMA

GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

admitidas en el proceso; por el contrario, cuestiona que no se hayan realizado determinadas diligencias, así como la irregularidad de determinados medios probatorios, lo que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, por lo que es de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

6. El recurrente expresa que, en la elaboración del atestado policial, no estuvo presente ni el representante del Ministerio Público, ni su abogado defensor, careciendo, por ello, el atestado policial de valor probatorio.
7. En este sentido, respecto al cuestionamiento de las actuaciones de la Policía Nacional del Perú y del Ministerio Público, referido a que en las diligencias previas no estuvieron presentes el representante del Ministerio Público ni su abogado defensor y que carecen de valor probatorio las actuaciones policiales porque se realizaron sin la presencia del fiscal, este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que la actuación del Ministerio Público es postulatoria en relación con lo que el juzgador resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad personal que pueda corresponder al procesado. Este criterio es también aplicable a las investigaciones del delito en sede policial [Cfr. RTC 07961-2006-PHC/TC, RTC 02688-2008-PHC/TC, RTC 00475-2010-PHC/TC y RTC 01626-2010-PHC/TC, RTC 03165-2011-PHC/TC, entre otras], por lo que este extremo de la demanda debe ser rechazado en aplicación de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.
8. A mayor abundamiento, fluye de los actuados (actas elaboradas, manifestación policial e instructiva y otros) que en las diligencias realizadas estuvieron presentes tanto el representante del Ministerio Público como el abogado del recurrente, señor Carlos Siu Romero (fojas 134 y siguientes).
9. Es pertinente destacar que el recurrente cuestiona el hecho de que se hayan valorado los audios que habrían sido obtenidos vulnerando sus derechos, puesto que ellos constituyen prueba prohibida. Al respecto, esta Sala del Tribunal Constitucional considera que esta alegación tiene relación con el derecho a la prueba, por lo que se realizará dicho análisis en párrafos siguientes.
10. Finalmente, cabe señalar que si bien el recurrente cuestiona tanto la sentencia condenatoria como su confirmatoria, en puridad corresponde a esta Sala del Tribunal realizar el análisis de la motivación contenida en la resolución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OTDA	
FOJAS	27



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC

LIMA

GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

confirmatoria, en razón de que es precisamente ésta la que determina la situación jurídica del recurrente.

Sobre la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales (artículo 139.º, inciso 5, de la Constitución)

Argumentos del demandante

N. El recurrente aduce que la resolución cuestionada no se encuentra debidamente motivada, puesto que no ha fundamentado en forma adecuada y congruente la comisión de los delitos de extorsión y de tenencia ilegal de armas, no existiendo motivación alguna en la resolución confirmatoria en lo concerniente a dichos delitos.

Argumentos del demandando

12. Los emplazados sostienen que el recurrente fue condenado en un proceso regular, en el que se observaron todas las garantías constitucionales, habiéndose fundamentado debidamente la decisión.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

13. Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos.

14. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que las labores de impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138º de la Constitución Política del Perú) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 28



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC

LIMA

GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

En la STC N.º 1230-2002-HC/TC, se señaló que

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.

15. En consecuencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo cual supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión [Cfr. Expediente N.º 4348-2005-PA/TC].

16. En el caso de autos, la resolución confirmatoria, de fecha 25 de enero de 2012, se encuentra debidamente motivada, puesto que en el fundamento segundo establece los hechos suscitados de manera detallada; en el fundamento tercero se muestran los argumentos de defensa del recurrente; y en los fundamentos cuarto, quinto y sexto se aprecia una descripción típica y un análisis sobre la valoración que se le ha dado a las pruebas para resolver el caso concreto. Así, con relación con el delito de extorsión señala:

(...) que el delito de extorsión, previsto y sancionado en el artículo doscientos del Código sustancialmente un tipo penal complejo y pluriofensivo, ya que lesiona no solo el patrimonio, sino también la libertad y, eventualmente la integridad corporal de la víctima; de suerte que estos últimos bienes jurídicos, son un medio para atacar el patrimonio; esto es el fin pretendido por el agente es la consecución de lucro, y el medio para conseguirlo es la intimidación, a través del cual se obliga o se exige al sujeto pasivo la realización de un acto de disposición patrimonial por el anuncio de un daño inminente (...) Bajo los presupuestos anteriormente glosados, luego



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	29



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC

LIMA

GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

del estudio y análisis de las diligencias y pruebas actuadas, el Tribunal considera que en el presente caso si se han llegado a acreditar tanto la materialización de los eventos criminosos, como la responsabilidad penal del recurrente; toda vez que (...) se han visto desvirtuadas no solo con las manifestaciones de la propia víctima de la extorsión, sino con otras pruebas técnicas acopiadas en el proceso, las mismas que han sido valoradas adecuadamente, todas ellas conducente a ratificar la sindicación de María Esther Rojas Polar, de que su propio familiar, probablemente en contubernio con otra persona era quien la extorsionaba, como bien lo ha hecho notar la señora Magistrada que ha conocido de la instrucción y que ha resuelto en primera instancia. De la misma manera la posesión ilegítima de la pistola (...) ha quedado probada no solo con el acta de registro personal e incautación (...) sino porque Balleta Bustamante, no ha dado una explicación satisfactoria de su posesión (...).

17. En este sentido, puede advertirse que los jueces emplazados no solo sustentaron debidamente su decisión en cuestiones fundamentales, sino que además se remitieron a los fundamentos expresados en la decisión de primer grado, resaltando debidamente que la verdadera pretensión del recurrente estaba dirigida a que se declare su irresponsabilidad penal.

Por las razones expuestas, esta Sala del Tribunal Constitucional considera que este extremo de la demanda debe ser desestimado, al no haberse acreditado la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Sobre la afectación del derecho a la prueba

Argumentos del demandante

18. El recurrente denuncia que los audios acompañados al atestado policial fueron *ex profeso* editados; que se obtuvieron vulnerándose el derecho al secreto de las comunicaciones; y que sus conversaciones telefónicas han sido reproducidas arbitrariamente.

Argumentos del demandado

19. Los jueces demandados arguyen que la decisión se adoptó debidamente y que la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada, por lo que no existe irregularidad alguna en el proceso penal cuestionado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 30



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC
LIMA
GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

Consideraciones del Tribunal Constitucional

20. En la sentencia recaída en el Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC, este Tribunal Constitucional dejó sentado que la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido mediante la vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

21. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. A este respecto, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir que no «pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico», pues se trata de «supuestos de prueba prohibida». En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que «el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho».

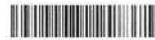
22. La Constitución Política del Perú prevé supuestos de pruebas expresamente prohibidas. Así, en el inciso 10) del artículo 2º establece que no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado; y en el literal h del inciso 24) del artículo 2º reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas mediante la violencia moral, psíquica o física, la tortura y los tratos humillantes o denigrantes.

23. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional también ha puntualizado que en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal (Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	31



EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC
LIMA
GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE

24. En el caso de autos, no se aprecia transcripción alguna o reproducción de alguna conversación telefónica, puesto que si bien la agraviada del proceso penal hizo entrega de un audio denominado audio de llamadas extorsivas, ello no fue materia de actuación en el proceso penal, ni tampoco se ha tomado como base para la condena del recurrente. Por consiguiente, la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la afectación de los derechos del recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto a las afectaciones de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a la irresponsabilidad penal del procesado y al cuestionamiento de los actos del Ministerio Público.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

.....
OSCARÍ DIAZ ARUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUÍMPER
HERRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 730, su fecha 12 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 2009 doña Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alberto Quimper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, a cargo del Juez Jorge Octavio Barreto Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N.º 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alega que el auto de apertura cuestionado viola el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que con fecha 5 de octubre de 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” difundió cuatro audios ex-profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios ex-profesamente editados y obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas del favorecido que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

Por último refiere que en el proceso penal que se le sigue a don Elías Manuel Ponce Feijoo y otros, el beneficiario ha sido admitido como parte civil, por cuanto había sido objeto de interceptaciones telefónicas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda expresando que el auto de apertura cuestionado ha sido emitido sin contravención de algún derecho constitucional del beneficiario, por cuanto el juez emplazado ha valorado las pruebas al momento de dictarlo. Añade que en el proceso penal que se le sigue al beneficiario puede cuestionarse la razonabilidad de los elementos de prueba que sustentan el auto de apertura cuestionado.

Realizada la investigación sumaria el juez emplazado manifiesta que la causa seguida en contra del beneficiario es compleja y se encuentra en estado de investigación. Asimismo señala que las resoluciones judiciales que ha emitido han respetado los derechos fundamentales del beneficiario.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 21 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que lo que en puridad se pretende es que el juez de hábeas corpus se arrogue las facultades reservadas al juez ordinario y proceda al reexamen o revaloración de los elementos probatorios que sirvieron de base para el dictado del auto de apertura de instrucción.

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. § Delimitación de la pretensión y de la materia controvertida

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocínio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Se alega que el auto de apertura cuestionado afecta los derechos al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con su derecho a la libertad individual, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan el auto de apertura de instrucción son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas.

En dicha línea argumentativa, también se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Delimitadas las pretensiones y los alegatos que sustentan la demanda, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que plantea la denominada prueba prohibida en el proceso penal, también conocida en la doctrina como prueba ilícita o prueba inconstitucional. Para ello, se habrán de responder las siguientes interrogantes ¿cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida?; ¿la prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o es el contenido implícito de un derecho constitucional?; y ¿qué efectos genera la prueba prohibida en el proceso penal?

A continuación de ello se analizará el contenido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como sus límites, debido a que en la demanda se alega que se habría producido la presunta vulneración de este derecho.

2.§ Naturaleza jurídica de la prueba prohibida

3. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

4. De otra parte, existen otras posiciones que predicán que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”.

5. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”.

En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”.

6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

7. En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

2.1. § El fundamento de la prueba prohibida

8. Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento.
9. Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” [Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120].

En este sentido, se destaca que la presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental.

10. De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11. En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.
12. Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha

destacado que “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”, y se basa asimismo “en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

2.2. § La prueba prohibida en la Constitución

13. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2º de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.

En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura, y c) los tratos humillantes o denigrantes.

14. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l 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”.
15. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.

2.3. § Los efectos de la prueba prohibida

16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l 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”.

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

17. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

3.8 Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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”.

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela “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 Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “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”.

19. Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

20. Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron

interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima.

21. Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso *Schenk vs. Suiza*, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

22. Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, ha enfatizado que:
 - a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].
 - b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
 - c. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].
23. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° 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”.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas,

salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUIMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por las consideraciones expresadas por mis colegas, si bien coincido con ellos en el fallo del presente caso, no suscribo los fundamentos 20 y segundo párrafo del fundamento 23.

En cuanto al fundamento 20, cabe destacar que en un proceso constitucional como el de habeas corpus, el respectivo juzgador se limita a apreciar los elementos de prueba *específicos* sobre *hechos concretos* que obran en el expediente constitucional, de modo que corresponderá al **juzgador penal verificar en definitiva**, en el caso de Alberto Quimper Herrera, cuáles son los hechos definitivamente probados así como las respectivas afectaciones a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

En cuanto al segundo párrafo del fundamento 23, estimo que si bien existen límites a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información que ejercen los medios de comunicación, pues no pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, también considero que no resulta pertinente lo expresado en dicho párrafo, pues en mi concepto, el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del Derecho Penal, debe exhortarse a la materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUIMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. El recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Juez del Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, señor Jorge Octavio Barreto Herrera, con la finalidad de que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, debiéndose en consecuencia disponer se dicte un auto denegatorio de instrucción, puesto que se está afectando el derecho al debido

proceso debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que en el programa televisivo “Cuarto Poder” se difundió audios ex profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios editados y obtenidos con afectación del secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son comunicaciones interceptadas que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la que no puede servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado. Es así que se solicita que el juez emplazado emita un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Se entiende claramente que el cuestionamiento del recurrente está circunscrito a que se anule el auto de apertura de instrucción bajo la argumentación de que los delitos por los que se iniciaba el proceso se encontraban sustentados en pruebas que han sido obtenidas ilícitamente, lo que anula cualquier imputación en su contra.
3. El Tribunal Constitucional en la STC N.º 2365-2002-HC/TC ha señalado que atendiendo al objeto de dicho proceso, dejar sin efecto el auto de apertura de instrucción constituye *“pretensión imposible de satisfacer mediante esta acción de garantía, toda vez que ésta no se puede instrumentalizar con el objeto de impedir que se realicen las investigaciones judiciales derivadas del auto de apertura de instrucción... el Tribunal Constitucional considera que cualquier anomalía o irregularidad que pueda presentar el auto cuestionado deberá remediarse mediante el ejercicio de los recursos que la ley procesal penal prevé, y no vía este proceso que tiene como finalidad proteger la libertad individual y los derechos conexos con ella”*. En síntesis, el Tribunal Constitucional tras reproducir parte del texto del artículo 77.º del Código de Procedimientos Penales ha dicho que no es instancia revisora para dilucidar si los fundamentos que sustentan el auto de apertura de instrucción son suficientes o si en el proceso penal se cumple con las exigencias de la ley, dejando en claro que dicha reclamación deberá ser formulada al interior del proceso penal en trámite pues es prerrogativa de la judicatura ordinaria resolver dichas controversias.
4. El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de hábeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma **manifiesta**.
5. Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial, debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de dichos presupuestos, caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción

ordinaria a nivel nacional, y también todos los autos que en la calificación de demandas civiles las admita a trámite.

6. Es así que en reiteradas oportunidades he manifestado mi rechazo ante demandas de hábeas corpus que cuestionan el auto de apertura de instrucción –resolución que abre recién el proceso– bajo el argumento de una indebida o deficiente motivación, puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación, situación que imposibilita a este Colegiado a pronunciarse sobre dicho cuestionamiento en atención a su falta de incidencia negativa al derecho a la libertad individual y derechos conexos. Debe precisarse que el mandato de detención provisorio se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando al efecto el Artículo 135° del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales.
7. En consecuencia, la medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad personal; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal. Por otro lado, si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso para lo que resultaría vía idónea la del amparo reparador y no la del hábeas corpus.
8. Asimismo, tampoco puede permitirse que los actores de la justicia penal ordinaria pretendan el análisis constitucional mediante el hábeas corpus de toda resolución judicial que no resulte conveniente a sus intereses, pues como hemos reiterado el hábeas corpus contra resoluciones judiciales sólo habilita de manera excepcional la vía constitucional cuando la resolución judicial que se cuestiona incide de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal.
9. Por las precedentes consideraciones no encuentro capacidad en el Tribunal Constitucional para ingresar al proceso penal de su referencia y convertirse, de motu proprio, en el ultra revisor de lo determinado por el Juez competente, pues ello significaría abrir las puertas a muchos miles de imputados que vendrían al Tribunal con iguales impugnaciones cada vez que un juzgado penal dé trámite a la denuncia del Fiscal abriendo el correspondiente proceso.
10. En consecuencia, la demanda debe ser declarada improcedente por cuanto el auto de apertura de instrucción (así como los autos ampliatorios de la instrucción) no constituye la resolución judicial firme que vulnera manifiestamente la libertad individual, esto es, que no constituye el pronunciamiento judicial firme que incida de manera negativa y directa en el derecho a la libertad personal, habilitando de ese modo su examen constitucional vía el proceso de hábeas corpus.

11. No obstante lo expuesto considero necesario señalar que no me encuentro de acuerdo con lo expresado en la resolución en mayoría (fundamento 7 de la resolución puesta a mi vista), en la parte que señala que la prueba prohibida es un derecho fundamental que *“garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona.”*
12. Respecto a dicho extremo considero que este Colegiado debe realizar un análisis exhaustivo tendiente a determinar los efectos de la afirmación esbozada en los fundamentos de la resolución traída a mi Despacho. Para ello es necesario señalar que conforme a la lectura del *petitum* se advierte el cuestionamiento a la admisión de un medio probatorio cuando ha sido obtenido de manera ilegal. El problema de la eficacia de las pruebas obtenidas con medio ilícito hasta el momento no ha obtenido respuesta unánime. Es así que es necesario hacer referencia al sistema americano que es el creador del concepto de prueba prohibida, realizando la proscripción del uso de pruebas ilegítimamente adquiridas.
13. De la IV Enmienda Constitucional se deriva expresamente la prohibición de usar en juicio los elementos de *evidencia real* obtenidos de modo ilícito. Tal prohibición afirma Vincenzo Vigoritti en la Revista de Derecho Procesal, volumen XXIII, II serie. 1968, página 64-77, *“(...) no presenta las características de una exclusionary rule con lo cual se pretenda castigar, sobre un plano procesal, el ilícito sustancial de la autoridad requirente, cuando más bien aquello de un verdadero y propio privilegio –termino éste con el cual se señala una situación subjetiva de naturaleza activa; a cuyo ejercicio está subordinada la concretización misma de la libertad objeto de protección constitucional– que hace encabezar al titular del derecho fundamental lesionado.”*
14. En el caso *Mapp vs Ohio* de 1961, la Corte Suprema expresaba su rechazo al uso en cualquier juicio penal, sea federal como estatal de pruebas obtenidas por medios ilícitos por órganos públicos estatales o federales. El fundamento de esta prohibición era un mandato derivado de la norma constitucional, expresando que dicha prohibición aseguraba la sobrevivencia de una sociedad libre. Pero se observa la distinción de los jueces americanos cuando la obtención de la prueba calificada como ilícita es realizada por un órgano público y cuando es realizada por un particular. Respecto del primero la prohibición es tajante respecto al segundo existe permisibilidad que ha sido discutida largamente.
15. Es así que el citado autor Vincenzo concluye en que el sistema americano *“(...) excluye el uso de elementos que sirvan para acreditar determinado hecho que hayan sido obtenidos de manera ilegítima, sólo cuando el ilícito haya sido cometido por un funcionario público y las pruebas sean destinadas a valer en un proceso penal sea estatal como federal, mientras la prohibición no se aplica, salvo pocas excepciones, cuando el autor de lo ilícito sea un ciudadano privado (...).”*
16. En nuestro sistema no existe unanimidad respecto a la proscripción de la prueba prohibida, pero sí considero necesario distinguir y saber cómo aplicar lo expresado

en el sistema americano de manera de no importar una figura que finalmente se desnaturalizará en una realidad diferente.

17. En el caso de autos se aprecia que el recurrente afirma que se le ha iniciado proceso penal bajo el sustento de pruebas ilícitas, para lo que debemos tener en cuenta que en el auto de apertura de instrucción el juzgador realiza un análisis en conjunto de los medios probatorios, que tiene a su alcance a ese momento no pudiendo reputarse una afectación concreta de los derechos a través de un acto con el cual recién se inicia el proceso.
18. En este contexto es necesario hacer referencia a las etapas del procedimiento probatorio, esto es el ofrecimiento de los medios, la admisión, la actuación y la calificación de los medios admitidos, en cuya última etapa, es decir la sentencia, corresponde al juzgador explicar motivadamente las razones por las que establece qué medios para él sirven a determinado hecho y qué medios no. Decimos entonces que es recién en la sentencia, fase sustantiva del proceso, en la que el Juez recién nos va a decir las razones por las que un medio probatorio puede ser calificado de ilegal. Es de esta forma que se entiende que ante el inicio formal del proceso penal (auto apertorio de instrucción) nos encontramos evidentemente en la etapa en la que juez toma conocimiento recién de los medios probatorios aportados con la denuncia fiscal, debiendo ser materia de discusión al interior del proceso penal, medios probatorios que recién han de ser admitidos en el auto de apertura de instrucción para formar el iter procesal que al final lleve a la decisión justipreciada, atendiendo a que la investigación preliminar que ha realizado el Ministerio Público ha significado la reunión de los medios probatorios que sustentaran los hechos que sirvan de base a la denuncia que dicho órgano realizará. No es entonces el mejor momento el inicio del proceso penal para que el Juez adelante opinión calificando determinado medio probatorio como ilegal por prematuro, no correspondiéndole asimismo a quien se considera afectado con el auto de apertura instrucción decir que la obtención de determinado medio probatorio ha sido ilegal o mal habido. Es también menester considerar que el denominado “fruto del árbol envenenado” propio del sistema anglosajon *common law*, nos refiere posiciones distintas para un mismo medio según las circunstancias de la obtención y diferenciando la función pública de la función privada.
19. Por todo esto considero necesario afirmar que señalar que la nulidad de los medios probatorios que se pretende sancionar a través del presente proceso constitucional de hábeas corpus es incorrecta en por prematura, quedándole al recurrente el amplio campo de la defensa dentro del proceso penal correspondiente y no traer al proceso constitucional este tema que necesariamente está vinculado a la libertad individual. Asimismo me encuentro en desacuerdo con la afirmación realizada en el proyecto llegado a mi Despacho en el fundamento 7, referido a que *la prueba prohibida es un derecho fundamental (...)*.
20. Finalmente me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 del proyecto que se pone a mi vista por hacer referencia a la prohibición impuesta a los medios de comunicación respecto a difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin que previamente se haya verificado por sentencia si lo que se pretende difundir es de interés público o no, debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la

formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada información constituye una intromisión ilegítima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho a de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario **apoya en cierta forma la impunidad**, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables. Además aceptar dicha limitación a los medios de comunicación implicaría la figura vedada por la Constitución de censura previa, situación por la que manifiesto mi total desacuerdo con dichos fundamentos de la resolución puesta a mi vista. Claro que esta postura no significa un cheque en blanco para el abuso cuando éste sólo está destinado al escándalo.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus, debiéndose tener en cuenta lo expresado en los fundamentos 19 y 20 del presente voto.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUIMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados, emito el siguiente fundamento de voto, por cuanto si bien comparto lo expuesto en dicha sentencia y la parte resolutive de la misma, estimo pertinente desarrollar las siguientes consideraciones adicionales

1. No puede soslayarse que de un tiempo a esta parte, algunos medios de comunicación han venido propalando irresponsablemente conversaciones privadas *so pretexto* de un pseudo interés público en su difusión cuando en realidad obedecen a fines subalternos (incrementar su nivel de audiencia, manipular a la opinión pública a fin de apoyar determinadas candidaturas o atacar otras, etc) que en modo alguno pueden ser admitidos.
2. En tal escenario, y más aún *ad portas* de una contienda electoral como la que se aproxima, el Estado no puede permanecer indiferente ante el proceder irresponsable de algunos periodistas, que abusando del poder que la exposición mediática les provee, pretendan exponer irresponsablemente conversaciones privadas ilegítimamente obtenidas.

Y es que, a fin de cuentas, la difusión de tales grabaciones por parte de algunos malos periodistas no hace más que incentivar el mantenimiento de un mercado ilegal de interceptaciones telefónicas en el que mafias con equipos ilegalmente introducidos a nuestro país ofrecen conversaciones privadas de la más diversa índole al mejor postor.

3. De ahí que si bien la labor de la prensa contribuye a la formación de una opinión pública y la realización misma de la democracia, y por tanto, la censura previa se encuentra constitucionalmente proscrita al estar reñida con los valores y principios democráticos; soy de la opinión que frente a la comisión de tales ilícitos de

carácter penal, el Estado debe actuar con el máximo rigor posible sancionando tanto a las mafias dedicadas a interceptar ilegalmente conversaciones telefónicas, así como a los periodistas que abusando de la tribuna que les provee el medio de comunicación para el cual trabajan, las difundan.

Sr.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUIMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, por las siguientes consideraciones:

1. Si bien coincido únicamente con el fundamento 21 de la sentencia de autos y con el fallo, considero necesario, por el contrario, expresar mi distanciamiento de los demás fundamentos, en especial del segundo párrafo del fundamento 23. Al respecto, es evidente que en un Estado constitucional democrático toda práctica que suponga una interceptación o intervención arbitraria en el ámbito de las comunicaciones de las personas debe ser firmemente rechazada. El Estado, bajo el mandato del art. 2º inciso 10 de la Constitución, debe prevenir, investigar y sancionar a quienes (funcionarios, autoridades o particulares) lleven a cabo este tipo de prácticas inconstitucionales.
2. No me parece constitucional, sin embargo, que este Tribunal deba establecer una prohibición general a los medios de comunicación como se hace en el fundamento 23 (segundo párrafo) de la sentencia. Tal interpretación contraría lo dispuesto en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución que, por un lado, proscribiera toda forma de *censura previa* (directa o indirecta) contra la libertad de información y, de otro, determina la responsabilidad de los medios de comunicación social.
3. Como lo ha reconocido este propio Colegiado, los medios de comunicación cumplen una función constitucional gravitante en la formación de la opinión pública; claro está dentro de los límites que la Constitución establece (STC 00013-2007-PI/TC, FJ 3). Sin embargo, más que imponerles prohibiciones y advertencias de responsabilidad penal a los mismos (que ya está, además, contemplada en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución), considero que lo compatible con la Constitución y con una democracia es invocar, frente a ese tipo de informaciones, el criterio de la *autorregulación de los medios de comunicación*.
4. “La autorregulación supone así una vía intermedia entre quienes abogan por una absoluta desregulación del mundo de la comunicación y quienes abogan (generalmente a la vista de los excesos que permite esa desregulación) por un incremento de la regulación estatal. Vía intermedia por la que se ha pronunciado el propio Consejo de Europa a través de su Resolución 1003 (...)”^[1]. Esta tesis, desde mi punto de vista, es compatible con la Constitución, que no renuncia absolutamente a establecer límites constitucionales a los medios de comunicación social, ni tampoco pretende regular absolutamente su ejercicio y por eso mismo proscribiera toda forma de censura previa.
5. Debería distinguirse adecuadamente, por ello, entre la *responsabilidad jurídica* de los medios de comunicación por la información que difunden y que está determinada en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución; y la *responsabilidad social* de aquéllos y que está vinculada no solamente con la formación de la opinión pública, sino también con su contribución a que los ciudadanos conozcan hechos e informaciones que por medios oficiales o formales, muchas veces, no estarían en posibilidad de conocer; más aún si tal información reviste especial interés público.

6. En ese sentido, considero que es más adecuado desde un punto de vista constitucional, que los medios de comunicación social, recurriendo al criterio de la autorregulación deben discernir, con razonabilidad y prudencia, tanto sobre el contenido de la información a difundir (es decir, distinguir si la información es de carácter público o privado) como sobre la relevancia jurídico-social que supone su difusión; antes que imponerles una prohibición general y abstracta que puede terminar convirtiéndose en una forma de censura previa y en una desnaturalización de la función constitucional de los medios de comunicación social.

Sr.

URVIOLA HANI

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUIMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merecen la opinión de mis distinguidos colegas, y no obstante compartir con la mayoría de los fundamentos expuestos en la sentencia, expreso el presente fundamento de voto, por las razones siguientes:

1. Que, tal como lo expresa la ponencia, la demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocinio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible alegándose que el referido auto se sustenta en pruebas prohibidas producto de interceptaciones telefónicas ilegales. Por ello se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.
2. Que, delimitado el petitorio no veo la necesidad, a efectos de resolver la presente causa, de insertar referencias respecto de la prohibición de divulgación de información que provenga de interceptaciones telefónicas que, incluso, no han sido provocadas por los medios de comunicación y contra quienes no está dirigida la presente denuncia; en consecuencia no suscribo la alusión a los medios de comunicación contenida en el fundamento 20, ni los fundamentos 22 y 23 de la sentencia en mayoría por considerarlos impertinentes.

S.

CALLE HAYEN
