

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317- 2012

LIMA

Lima, catorce de septiembre de dos mil doce.-

VISTOS; oído los Informes orales; los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del veintitrés de marzo de dos mil once, obrante a fojas ciento diecisiete mil trescientos cuarenta y ocho. Han recurrido los sentenciados **JESÚS MANUEL OJEDA ANGLES, GISELLE GIANNOTTI GRADOS, ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, JESÚS ÁNGEL TIRADO SEGUÍN, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, MARTÍN FERNÁNDEZ VIRHUEZ** (pena y reparación civil), **ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ** y **ERICK PABLO MARTELL ESPINOZA**, el señor Fiscal Superior y la Parte Civil, - Alberto Quimper Herrera -; los primeros, respecto del extremo condenatorio, el segundo en los extremos del *quantum* de las penas impuestas y fallo absolutorio; y, finalmente, el agraviado en lo concerniente al monto fijado por concepto de reparación civil. De conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo, **Doctor Javier Villa Stein.**

INDE LA IMPUGNACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

SEGUNDO: Contra la sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil doce, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por los sentenciados **JESÚS MANUEL OJEDA ANGLES, GISELLE GIANNOTTI GRADOS, ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, JESÚS ÁNGEL TIRADO SEGUÍN, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, LA PARTE CIVIL-ALBERTO QUIMPER HERRERA, LOS PROCESADOS MARTÍN FERNÁNDEZ VIRHUEZ, ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ Y ERICK PABLO MARTELL ESPINOZA**, conforme se detalla a continuación:

1.-**RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO JESÚS MANUEL OJEDA ANGLES**, a fs. 117909/117919, la defensa técnica del procesado alega que su defendido desde la etapa policial y de manera espontánea señaló que su co-procesado Carlos Alberto Tomasio de Lambarri le solicitó que instale el programa "VRS-Voice Recording System" en tres computadoras ubicadas en el área de servidores de la empresa Business Track S.A.C., lo cual cumplió sin ninguna actitud dolosa o intención que sea utilizado de manera ilegal; tal programa solo sirve para grabar audios, los cuales pueden ser obtenidos de manera lícita o de manera no ilícita, por tanto, el referido programa por sí solo no puede ser utilizado para realizar interceptaciones telefónicas; que la instalación del programa se efectúa como cualquier programa del sistema

operativo Windows, no necesita que la persona que lo instale tenga especialización en informática, por lo que instalar tal programa no es reprochable penalmente.

Del mismo modo, se imputa al procesado haber realizado el acto anterior a la interceptación telefónica, esto es, haber instalado el programa "VRS", el que habría sido colocado en la computadora utilizada en la grabación de escuchas telefónicas; sin embargo, no se ha realizado ninguna actuación judicial para acreditar ello.

De otro lado, se imputa al procesado haber realizado la conversión del formato de 05 CDs a MP3, entregado a su co-procesado Jesús Ángel Tirado Seguí por órdenes del procesado Elías Manuel Ponce Feijoo, ante ello, el encausado señala que realizó las aludidas conversiones y pudo apreciar que los CDS contenían conversaciones de personas desconocidas; pero, no conocía su procedencia, por lo que, se limitó a realizar la conversión encomendada por su co procesado Elías Manuel Ponce Feijoo, acto que no constituye un hecho punible.

En efecto, destaca, que el procesado Jesús Manuel Ojeda Angles prestaba servicios a la empresa "BTR", teniendo que obedecer órdenes de índole laboral de sus co procesados Elías Manuel Ponce Feijoo y Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, por tanto, realizó dichas conversiones dentro del contexto del ámbito laboral, donde el jefe solicita realizar un servicio, lo que ejecutó en atención a la dependencia que existía con el señor Ponce Feijoo, por ende, la ejecución de tal acto responde a un cumplimiento de funciones laborales, mas no a un ilícito penal. No obstante ello, ha sido condenado por el delito de interceptación telefónica a pesar de que la conducta imputada corresponde a un hecho aislado y realizado después de la consumación del delito, siendo una conducta similar a la desarrollada por su co procesado Jesús Ángel Tirado Seguí; sin embargo, a este último se le excluyó de responsabilidad penal en el delito de interceptación telefónica como no ocurre con el procesado impugnante, demostrando así la Sala un criterio disimil al evaluar dos conductas similares.

Consecuentemente, se puede decir que el encausado no perteneció a ninguna organización criminal, menos desarrolló actividad ilícita concertada con sus co-procesados. La empresa "BTR" brindaba servicios informáticos de manera regular, actividad que no era ilícita y en la cual participaba el procesado. Añadiendo que los actos realizados no tienen relevancia penal, y no forman parte del iter criminis del delito de interceptación telefónica, por ende, al no haber participado el procesado en el delito imputado, no se le puede atribuir responsabilidad en el delito de asociación ilícita para delinquir.

De otro lado, se ha señalado en el juicio oral que la muestra denominada "MOA 19" es un soporte que no era de propiedad del procesado recurrente, por ende los documentos informáticos que éste contenía tampoco eran de

5 su propiedad, por lo que, no se le puede vincular con la información encontrada en dicho dispositivo, es más, sobre dicha muestra el procesado desde la etapa de investigación a nivel policial, señaló que la muestra corresponde a un disco duro externo que le fue entregado por Ponce Feijoo dentro de las instalaciones de la empresa Business Track S.A.C., por tanto la propiedad de la información encontrada le corresponde a éste o a la empresa mencionada. Tal aseveración ha sido confirmada por el propio procesado Ponce Feijoo, en la ampliación de su declaración instructiva.

2.- **RECURSO DE NULIDAD DE LA PROCESADA GISELLE GIANNOTTI GRADOS**, a fs. 117920/117994, la procesada refirió que se contravino la garantía constitucional de la presunción de inocencia, se vulneró el derecho de prueba, debido a que se han incorporado pruebas no sometidas al contradictorio, han utilizado evidencias que jurídicamente no existen para acreditar responsabilidad penal -las declaraciones existentes de un cuaderno de colaboración eficaz-, que a criterio de la Sala, jurídicamente no existe. Hay afección al derecho de prueba, toda vez que se han valorado pruebas inexistentes (algunos casos no se han identificado y en otros, existe falta de certeza, y otros más son valoraciones de correos que asignan responsabilidad penal, a pesar de tratarse de un delito que la misma Sala declaró prescrito).

Señala, que se vulneró el derecho a la prueba al haberse valorado las excluidas por la propia Sala Penal, toda vez que la Sala declaró fundada la tacha contra los tres CPUS que le fueron incautados (MGG101, MGG102 y MGG103). Todos los CDs y DVDs incautados a ella, en tanto del análisis de todas las incidencias concurrentes sobre estos bienes, no se puede verificar si tales elementos son los mismos que se incautaron, máxime si como se ha comprobado la cantidad de CDs hallados y finalmente visualizados difieren sustancialmente; por lo que no existe certeza sobre la autenticidad de dichos CDs.

Esgrime afectación al principio de legalidad al valorarse actas de visualización a nivel policial, a pesar de existir prohibición judicial expresa, el medio de prueba a visualizar no estaba a disposición de la acusada y se ocultó la resolución prohibitiva a los letrados. Existe violación a la garantía de legalidad penal al haber condenado a la acusada Giannotti Grados, pese a existir falta de tipicidad.

De otro lado, las personas que realizaron materialmente la interceptación y escucha (caso Salas y Martell) son cómplices primarios y los coautores son presuntamente los miembros de la asociación para delinquir. De ello, se avizora que la Sala ha utilizado el criterio en "bloqueo" para establecer responsabilidades penales. En tal sentido, han creado la figura de "conocimiento". Ahora, el conocimiento viene referido a la hipótesis que tanto Ponce Feijoo y Tomasio de Lambarri se dedicaban a la interceptación y

escucha de las comunicaciones.

Los juicios lógicos por un lado, y dogmáticos por otro, respecto a la coautoría en concreto (en referencia al artículo 162° del Código Penal), han sido omitidos por la Sala Penal. Bajo esa perspectiva, el Colegiado no abordó ninguno de los verbos rectores señalados en la norma que alcance a Giselle Giannotti Grados. Respecto al aspecto subjetivo del tipo, también existe un marcado silencio.

De otro lado, argumenta que el razonamiento de la Sala Penal, en cuanto a la condena por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, por la forma y modo en que se ha estructurado el razonamiento judicial, prescinde de los elementos materiales que acrediten una conducta lesiva a la norma penal, en relación al artículo 317° del Código Penal.

3.-RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, a fs. 117995/118020, el procesado argumenta que la sentencia impugnada adolece de una debida motivación, en lo referente a la existencia y pertenencia a una asociación ilícita, pues no estableció los hechos bases o premisas fácticas que solventen la configuración de los elementos de permanencia y finalidad de cometer delitos. La sentencia impugnada, habla de elementos indiciarios que revelan la existencia del grupo y la pertenencia de sujetos a dicho grupo, asumiendo la participación del procesado en la asociación criminal, bajo la tautología que es un hecho cierto, por lo tanto, no puede ser rechazado, asumiendo sin mayor justificación que el señor Elías Manuel Ponce Feijoo sabía de las presuntas actividades ilícitas que se realizaban bajo la empresa Business Track S.A.C. ; empero, no se puede acreditar, que se ha cumplido con los elementos exigidos por el tipo penal de asociación ilícita, cuando a todas luces, la declaración del señor Martín Alberto Fernández Virhuez demuestra que los co procesados Salas Cortez y Martell Espinoza nunca han conocido al procesado, por tanto, no se puede acreditar la presencia del elemento "Acuerdo para delinquir".

El procesado Elías Manuel Ponce Feijoo, tenía muy en claro los límites éticos y morales para la consecución de información en el normal ejercicio de sus labores, tan cierto es lo afirmado de su declaración válidamente se puede inferir, que reconoce que buscar en la privacidad de las personas o buscar información respecto a la seguridad Nacional, rebasaba los límites de toda la labor que se pudiera realizar. Efectuando labores independientes, personales, fuera de la línea que implicaba trabajar en la empresa Business Track S.A.C., encomienda al señor Martín Alberto Fernández Virhuez la búsqueda de información en virtud de la experiencia que poseía en el campo de las comunicaciones, por ello, resulta temeraria y ligera aquella postura que pueda presumir que la solicitud "búscame la información" acredita de manera indubitable la solicitud u orden de la comisión de algún acto ilícito,

debido a que el encausado sabía los límites éticos, morales y personales que rigen la consecución de información en el marco del ejercicio de las labores de todo aquel que se le encomendara un trabajo como este, y, en virtud del principio de confianza, que es fundamental y necesario para el correcto desarrollo de toda empresa en razón de que cada persona al interior de la sociedad desarrolla un rol en el marco de un mundo normativo.

De otro lado, existe una inadecuada atribución de la condición de coautor en el delito de interceptación telefónica, esto es, el supuesto comportamiento desplegado por el procesado no podría ser encuadrado dentro de la figura de la coautoría, en tanto, nunca tuvo dominio del hecho, ni realizó algún tipo de aporte simultáneo o equivalente para acceder o interferir una comunicación telefónica. Si bien el procesado, le dijo al señor Martín Alberto Fernández Virhuez que le llevase todo tipo de información, esta conducta no es suficiente para adecuarse dentro de la coautoría.

En lo referente al concurso de delitos, los hechos materia de análisis debieron ser definidos como concurso ideal de delitos, debido a que los delitos de interceptación telefónica y de asociación ilícita, deben ser consideradas como un solo acto, ya que ambos estaban dirigidos hacia un mismo fin que es la de acceder a información. Así pues, si quitamos el acto que supuestamente configura el delito de interceptación telefónica del delito de asociación ilícita, no se configuraría, en tanto y en cuanto, la asociación ilícita habría tenido como fin el interceptar las llamadas telefónicas. Consecuentemente, los hechos imputados al procesado, no podrían ser adecuados dentro del concurso real de delitos, ya que ellos no están conformados por una pluralidad de actos que se enmarquen dentro de tipos penales independientes, en tal sentido, el delito de asociación ilícita no podría ser juzgado independientemente del delito de interceptación telefónica.

4.- RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO JESÚS ÁNGEL TIRADO SEGUIN, a fs. 118021/118071, cuestiona la condena por delito de Asociación Ilícita para delinquir, ya que no se probó el dolo; asimismo, el seguimiento que se realizó al grupo ORION, no demuestra que es integrante de una organización delictiva.

No existe testigo de cargo, pruebas materiales, pericias contables, pericias telefónicas ni se ha encontrado el sistema "VRS", inclusive en el material incautado en la Empresa "BTR", no se encontró absolutamente nada que incrimine a Jesús Tirado Segúin.

5.- RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, a fs. 118072/118088, el encausado alega que en la sentencia, la

Sala hace mención a las cualidades del recurrente, tales como los conocimientos en interceptación y demás destrezas que adquirió en sus años de capacitación, lo que probaría su participación en los hechos delictivos materia del proceso, cuando en el sistema de derecho penal liberal finalista, lo principal a efectos de fundamentar la culpabilidad del agente son los actos que este pueda externalizar y no la forma de pensar y otros que formen parte de la personalidad de este.

Respecto de los medios probatorios valorados y el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento, la muestra N° 1 (equipo TRM 3500), según las especificaciones brindadas por el fabricante no solo sirven para interceptar teléfonos, sino también para poner a prueba la red celular que se usa, quedando abierta la posibilidad de un uso diferente al de la interceptación de celulares. Entonces, sostener que se usaba dicho equipo solamente para realizar interceptaciones de celulares sin tener certeza de ello, hace que dicha afirmación no tenga la fuerza suficiente como para poder romper la presunción de inocencia que tiene todo procesado. Bajo esa lógica, resulta poco prudente sostener que haya realizado actividades de interceptación telefónica por el solo hecho de poseer un equipo que, entre sus funciones, tiene la de realizar dicha actividad.

Por otro lado, la sentencia hace referencia al equipo de muestra N° 4, el cual es un equipo de interceptación de teléfonos celulares con tecnología móvil CDMA, el que no se usa desde el año 2000. Entonces, dicho equipo no es idóneo para realizar algún tipo de interceptación telefónica, puesto que en la actualidad solo se usan móviles con tecnología GSM (Global System for Mobile Communications).

Asimismo, la muestra N° 14, relacionada con la hoja de vida del impugnante, referida a la experiencia en la implementación de centros de monitoreo de comunicaciones, en radio localización, etc., no basta para fundamentar la responsabilidad penal del encausado, puesto que en la doctrina penal establece que los conocimientos especiales sobre alguna ciencia o actividad que pueda tener alguna persona no pueden ser usados como fundamentos, a efectos de imponerle una sanción penal.

Respecto a la muestra N° 27, referida a una presunta lista de precios de operaciones de hackeo de correos electrónicos e interceptaciones telefónicas, no se ha probado que esta presunta lista haya sido elaborada o utilizada por el procesado en sus actividades como Gerente de Operaciones de la Empresa BTR.

Sobre la exclusión de la tipicidad de la conducta del recurrente, por falta de creación de un riesgo no permitido, se recalca que, el procesado, fue accionista y fundador de la empresa BTR, empresa dedicada a brindar seguridad informática a sus clientes y ocupó el cargo de Gerente de Operaciones, brindando el soporte logístico que la empresa requería, entre

ellos, el software VRS (VOICE RECORDING SYSTEM), el cual sostiene la Fiscalía, fue presuntamente usado por sus co-procesados para realizar interceptaciones telefónicas a los agraviados.

La Sala concluye que el procesado tenía en posesión un manual de interceptaciones telefónicas, además de haberse encontrado algunos documentos que recibió de la División de Inteligencia Naval (DIN) para que elabore un informe, arguyendo de este modo que él tenía conocimiento sobre las técnicas y procedimientos para realizar dicha actividad delictiva; sin embargo, aún cuando ello estuviese probado, no basta para fundamentar la imposición de una sanción penal por el delito de interceptación telefónica.

La prohibición de regreso como criterio delimitador de la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal encuentra fundamento en la noción de la autorresponsabilidad. En la actualidad, se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por tercero. En el presente caso, en virtud de la prohibición de regreso, el comportamiento del procesado no es imputable penalmente porque aquel no ha quebrantado su rol en el ejercicio de sus actividades como Gerente de Operaciones de la empresa BTR. Además, aun cuando su organización haya sido utilizada por sus co-procesados para realizar planes delictivos, no responderá penalmente por su prestación o contribución al hecho, porque aquella fue realizada en el marco de sus roles como Gerente de Operaciones.

La base de la acusación fiscal que fue valorada por la Sala en la Sentencia, se fundamentó en que el procesado habría colaborado dolosamente con la acción de proporcionar el medio a través del cual sus co-procesados realizaron las presuntas interceptaciones telefónicas. La acusación del Ministerio Público, que fue tomada en cuenta por la Sala al momento de sentenciar se basó en un análisis de la teoría del delito que tomó como referencia a la teoría de la equivalencia de condiciones, de modo tal que considera como relevante causalmente la acción de proporcionar un software como causa del desvalor del resultado, lo cual no es idóneo. Si bien, existe un nexo de causalidad natural, este no basta para fundamentar y sostener que la conducta antes mencionada sea relevante, a efectos jurídicos penales, para calificar una participación delictiva por parte del procesado.

6.- RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, a fs. 118089/118096, el representante del Ministerio Público interpone recurso de nulidad respecto de la absolución del acusado Jesús Juan Tirado Segúin por el delito de interceptación telefónica, señalando que la conducta desplegada por Tirado Segúin, conforme ha quedado acreditada de los

debates del juicio oral, implicaba, también, la escucha de los audios de conversaciones telefónicas obtenidos de manera ilegal que le fueron entregados indistintamente por sus co acusados Ponce Feijoo y Ojeda Angles (este último por disposición de aquél) para ser luego transcritos y entregados a Ponce Feijoo. Asimismo, se ha establecido que fue este acusado el encargado de efectuar el flujograma de llamadas telefónicas obtenidas ilícitamente.

Respecto al Quantum de la pena concreta impuesta a los acusados **PONCE FEIJOO, TOMASIO DE LAMBARRY, GISELLE GIANNOTTI GRADOS, FERNÁNDEZ VIRHUEZ y OJEDA ANGLÉS**, es de señalar, que la sentencia impugnada señala como sustento para la determinación de la pena, entre otros factores, dirigidas a lesionar el derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones de los ciudadanos, generando de esta forma inseguridad y afectando bienes jurídicos tutelados por la normatividad vigente, conformando y siendo parte de una organización estructurada, con división de roles que en el desarrollo de sus actividades utilizó como fachada a la empresa Business Track, con cuya cobertura y aparentando brindar servicios lícitos únicamente, cometieron los delitos materia de la sentencia.

Respecto a los sentenciados antes mencionados, se advierten circunstancias que ameritan graduar la pena hacia sus extremos cercanos al máximo; más aún, si conforme se ha establecido en la propia sentencia no concurrió circunstancia atenuante, menos se verificó arrepentimiento por parte de los sentenciados, por el contrario, durante el desarrollo del juicio oral, encubrieron a otros partícipes de estos delitos, tales como los financistas y/o las personas que se beneficiaron con este quehacer delictivo.

Hechos por los cuales, el representante del Ministerio Público, considera que la pena impuesta a los mencionados acusados no resulta proporcional al hecho cometido en la medida que no ha sido fijada en función a la trascendencia social del hecho incriminatorio.

7.- RECURSO DE NULIDAD DE LA PARTE CIVIL ALBERTO QUIMPER HERRERA, a fs. 118098/118100, la parte civil interpone recurso de nulidad, en base a los artículos 92° y 93° del Código Penal, alegando que el monto fijado por la Sala es sumamente ínfimo frente al daño sufrido a nivel personal, moral, económico y la incidencia en su proyecto de vida.

Señala que, el daño ocasionado con las interceptaciones telefónicas le han generado gravísimas consecuencias con respecto a su persona, pues en el ámbito personal, su salud se resquebrajó en virtud de la privación de libertad que padeció por mucho tiempo, así como el arresto domiciliario que purgó en su momento. Recalcando que su nombre y reputación han sido dañados.

8.- RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO MARTÍN FERNÁNDEZ VIRHUEZ, a fs. 118101/118157, el procesado sostiene que es miembro de la Marina de Guerra del Perú actualmente, con el grado de oficial de Marina, Técnico Tercera, ostentando la especialidad de electrónica. Señala, que desde el inicio de las investigaciones de manera espontánea y voluntaria decidió colaborar con la justicia para el esclarecimiento de los hechos, que en presencia de su abogado y el representante del Ministerio Público narró la forma y circunstancias en que se produjeron las interceptaciones telefónicas a los diversos agraviados, indicando la participación que ha tenido cada uno de los procesados en este evento, versión que ha sido corroborada con las afirmaciones de Jesús Manuel Ojeda Angles y Jesús Juan Tirado Seguí.

Refiere que, brindó información relevante para conocer a los integrantes de la organización, ubicar los locales alquilados, donde se instalaron los equipos de cómputo utilizados para las interceptaciones telefónicas, lugares donde se encontraron parte de los equipos utilizados para esa actividad ilícita, y ha nombrado a dos personas que ejecutaron las interceptaciones telefónicas, los que han sido plenamente reconocidos e identificados como Alberto Oswaldo Cortez y Pablo Martell Espinoza. Considera que no es justo que lo condenen con la misma pena que a los demás co procesados, y se haya absuelto al procesado Jesús Tirado Seguí, cuando éste tenía la misma condición que el impugnante; además, aceptó haber efectuado las transcripciones entre Rómulo León y Alberto Quimper.

De otro lado, refiere que el monto establecido en la reparación civil resulta excesivo, puesto que los agraviados no han probado en autos el daño económico causado, es decir, el lucro cesante y daño moral, que son los requisitos para establecer la magnitud del perjuicio y sobre la base de ello determinar la acción reparatoria económica.

9.- RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ, la defensa técnica del procesado, a fs. 118175/118177, interpone recurso impugnatorio alegando que en la sentencia se asumió como una prueba de cargo las diversas versiones rendidas por el ahora co sentenciado Martín Fernández Virhuez; sin embargo, otro extremo de la sentencia no se acepta ni se asume como cierta la versión del aludido en razón a que no ha sido coherente ni uniforme en toda la secuencia del proceso.

La sentencia, asume que el recurrente habría contribuido en la interceptación de teléfonos a los agraviados, por cuanto habría instalado anexos, cuando lo real y cierto es que por encargo de Fernandez Virhuez, realizó un traslado de línea de un familiar, este hecho bajo ninguna forma y circunstancia acredita que efectivamente estuvo presente en el momento que se produjeron las escuchas. El Colegiado argumenta que para estos hechos se habría utilizado aparatos especiales o sofisticados, cuando de las

actas de verificación de las habitaciones de la Avenida Tacna N° 407, no se encontró ningún aparato sofisticado de interceptación, no hubo participación de peritos especialistas en telecomunicaciones, ni especies incautadas.

Se le cuestiona también, el hecho de que el sentenciado sea un técnico en telecomunicaciones y sin conocimiento de su empresa habría realizado trabajos sin autorización, por tanto, considera el Colegiado que este hecho es clandestino y por ende ilícito; si es así, también se tendría que cuestionar la labor de diversos técnicos y profesionales, que adicionalmente a sus trabajos que realizan en sus empresas o instituciones prestan a la colectividad, como es el caso de los médicos que trabajan en instituciones del sector público Essalud o clínicas, que en sus horas libres tienen consultorios particulares y atienden a pacientes prestando sus servicios.

Se asumió como prueba de cargo contra el sentenciado el reconocimiento de ficha RENIEC, lo que no es una prueba de cargo suficiente, por cuanto no es un instrumento idóneo que acredite responsabilidad, por cuanto solo identifica a la persona y no determina el hecho de haber participado en los hechos.

10.-RECURSO DE NULIDAD DEL PROCESADO ERICK PABLO MARTELL ESPINOZA, el procesado, a fs. 118178/118180, interpone recurso impugnatorio alegando que en la sentencia se ha asumido como prueba de cargo las diversas versiones prestadas por el ahora co sentenciado Martín Fernández Virhuez; sin embargo, en otro extremo de la sentencia no se acepta ni se asume como cierta la versión del aludido, en razón a que no ha sido coherente ni uniforme en toda la secuencia del proceso, no aceptando los términos de su solicitud al querer ser considerado como confesión sincera, si es así, como se puede considerar como prueba para acreditar la responsabilidad del impugnante.

En la sentencia, también se asume que el recurrente habría contribuido en la interceptación de teléfonos a los agraviados, debido a que sería la persona que copiaba los archivos de la computadora; sin embargo, en juicio oral no se ha probado que archivos copió, ni qué dispositivo le entregó el ahora sentenciado Fernández Virhuez, toda vez que desconocía de lo referido, máxime que en el proceso nunca se ha solicitado a la empresa telefónica, que informe al Colegiado si es verdad que el encausado prestaba servicios para la empresa.

El Colegiado argumenta que para estos hechos se habría utilizado aparatos especiales o sofisticados, cuando de las actas de verificación de la habitación alquilada, no se ha encontrado ningún aparato sofisticado de interceptación, no hubo participación de peritos especialistas en telecomunicaciones, ni el cable que encontraron en el techo se verificó in situ

su operatividad, asimismo este cable no fue debidamente cautelado porque fue directamente entregado al perito Melquíades O. Tumba Chamba, quien además de tener la especialidad en Ingeniero Químico, solo se limitó a realizar un examen físico, es decir, no comprobó si este se encontraba operativo.

Se le cuestiona también, el hecho de que sea un técnico en telecomunicaciones y que sin conocimiento de su empresa habría realizado trabajos sin autorización, por tanto, considera el Colegiado que este hecho es clandestino, por ende ilícito; si es así, también se tendría que cuestionar la labor de diversos técnicos y profesionales, que adicionalmente a sus trabajos que realizan en sus empresas o instituciones. prestan servicios a la colectividad, como es el caso de los médicos.

En la sentencia no se ha explicado qué otra prueba corrobora las diversas versiones del procesado Alberto Fernández Virhuez, en correlato con lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 2-2005, por tal las manifestaciones del este último resultan cuestionables.

II. DEL TRÁMITE EN SEDE SUPREMA:

TERCERO. Elevado el proceso a este Supremo Tribunal, se remitieron los autos al señor Fiscal Supremo en lo Penal, quien emitió su dictamen de fecha veintiocho de junio de dos mil doce.

CUARTO. Recibidos los alegatos y escritos adicionales de las partes en el trámite recursal ante esta Suprema Sala, solicitado el uso de la palabra por la defensa de las partes recurrentes, designado ponente -como ya se anotó- el señor Doctor Javier Villa Stein, realizada la audiencia oral de vista pública de la causa el día primero de agosto de dos mil doce, con la exposición oral de los abogados defensores de los acusados, de la parte civil y con la exposición de los hechos por parte de los procesados, fecha en que la causa quedó al voto, llevada a cabo la deliberación en la fecha con el acuerdo respectivo que se expresa en este caso, corresponde absolver el grado y emitir la presente decisión.

III.- DEL FACTUM DE LA IMPUTACION:

QUINTO: El señor Fiscal Superior en su acusación escrita de fecha 27 de enero de 2011, a fs. 107958/108482 (Tomo 186), formula su acusación:

Contra **ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS, MARTÍN ALBERTO FERNÁNDEZ VIRHUEZ, JESÚS MANUEL OJEDA ANGLÉS, JESÚS JUAN TIRADO SEGUÍN, ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ Y PABLO ERIKS MARTELL ESPINOZA**, por la comisión del delito **Contra la Libertad-Violación del Secreto de las Comunicaciones-Interceptación Telefónica en calidad de integrantes de una organización criminal** en agravio de Rómulo Augusto León Alegría, Alberto Quimper Herrera, Alberto Fortunato Marcos Ortega, Roberto Enrique Paredes Chirinos, José María Revilla López, Estudio Aurelio García Sayán Abogados S.C.R. Ltda., Remigio H. Morales Bermúdez Pedraglio, Elizabeth Schwarz de Acha de Olcese, Virly del Carmen Torres Cúvelo, Rogelio Canches Guzmán, Isabel Paiva Zarate, Genaro Delgado Parker, ONG GRUFIDES, Empresa AMBEV Perú, Agroindustria Laredo, Estudio Quimper & Abogados Asociados, Estudio Jurídico Enrique Bardales & Asociados y Estudio Linares Abogados S.C.R. Ltda.

Contra **ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS, MARTÍN ALBERTO FERNÁNDEZ VIRHUEZ, JESÚS MANUEL OJEDA ANGLÉS y JESÚS JUAN TIRADO SEGUÍN** por el delito contra la Libertad -Violación del Secreto de las Comunicaciones-**Interceptación Telefónica** en calidad de integrantes de una organización criminal en agravio del Estudio Jurídico Fernández Concha SCRL, Empresa Trupal S.A. Alexander Martín Kouri Bumachar y Municipalidad Provincial del Callao.

Contra **ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS, MARTÍN ALBERTO FERNÁNDEZ VIRHUEZ, JESÚS MANUEL OJEDA ANGLÉS, JESÚS JUAN TIRADO SEGUÍN, ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ Y PABLO ERIKS MARTELL ESPINOZA** por el delito contra la Tranquilidad Pública-**Asociación Ilícita para Delinquir** en agravio del Estado.

El titular de la acción penal señaló, que se ha establecido la existencia de una organización criminal, conformada ex profesamente bajo la resolución criminal de interceptar ilegalmente comunicaciones telefónicas de diferentes personas, empleando para ello como fachada a la Empresa Business Track S.A.C., siendo su accionar delictivo escuchar, grabar, almacenar, transcribir y comercializar las conversaciones telefónicas privadas de las personas naturales y jurídicas.

Es así, que las reseñadas actividades delictivas fueron desarrolladas, como propias de la organización criminal integrada por los procesados, **desde el año 2004** con la constitución de la Empresa Business Track S.A.C., quienes

valiéndose de esta hasta su desarticulación, de modo continuo, como parte de una misma idea y resolución criminal sostenida en el tiempo, iniciaron la ilegal obtención de información respecto a personas, ofreciendo la información a diferentes postores.

Esbozando la participación dolosa que cada uno de los encausados tuvo como componente de la descubierta organización criminal, estos cumplieron roles y tareas conforme se detalla a continuación:

A.- Delito de Interceptación Telefónica

1.- Elías Manuel Ponce Feijoo, dirigió la organización dedicada a interceptar comunicaciones telefónicas. Para sus fines ilícitos utilizó como fachada la Empresa Business Track S.A.C., para lo cual reclutó personal militar en actividad y en situación de retiro, además contó con el concurso de civiles para la ejecución de estas ilegales prácticas.

2.- Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, se desempeñó como responsable del soporte logístico de la Empresa Business Track S.A.C., pues era el encargado de facilitar dolosamente los equipos de cómputo con el Software VRS-Voice Recording Sistem debidamente instalado, que eran utilizados para la interceptación y grabación de los audios por sus coacusados. En consecuencia, tuvo pleno conocimiento y participación en las actividades de la interceptación telefónica.

3.- Giselle Mayra Giannotti Grados, tuvo pleno conocimiento y participación en las actividades de interceptación telefónica que realizaba personal vinculado a Business Track S.A.C., participando en la audición y análisis de los audios obtenidos ilegalmente. Además, era la encargada de contactarse con los eventuales clientes, a quienes ofrecía los audios obtenidos ilícitamente.

4.- Martín Alberto Fernández Virhuez, fue el encargado de realizar los trabajos de interceptación telefónica por orden de Elías Manuel Ponce Feijoo, quien lo captó a mediados del año 2007 para laborar en la Empresa Business Track S.A.C., a fin de realizar formalmente, trabajos de "barridos electrónicos para detectar dispositivos ilegales instalados". Es así que, entre otros actos de interceptación telefónica, a requerimiento de Elías Manuel Ponce Feijoo, contactó a Alberto Oswaldo Salas Cortez y Pablo Ericks Martell Espinoza para que concretaran la interceptación de los teléfonos fijos de las oficinas de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, grabando sus

conversaciones y almacenándolas en USBs o CDs, para su posterior entrega a Ponce Feijoo.

5.- **Jesús Manuel Ojeda Angles**, tuvo pleno conocimiento y participación en las actividades de interceptación telefónica que realizaba personal vinculado a Business Track S.A.C., siendo el encargado de instalar dolosamente el Software VRS-Voice Recording Sistem en los equipos de cómputo utilizados en las interceptaciones telefónicas. En el año 2003, ingresó a laborar a la empresa Business Track S.A.C. por intermedio de Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, donde formalmente realizaba el mantenimiento de los sistemas.

6.- **Jesús Juan Tirado Segúin**, fue quien tuvo pleno conocimiento y participación en las actividades de interceptación telefónica que realizaba personal vinculado a Business Track S.A.C. siendo el encargado de realizar el flujograma de llamadas, así las del teléfono fijo interceptado a Rómulo León Alegría, entre otras también se encargó de las transcripciones telefónicas ilegalmente obtenidas.

7.- **Alberto Oswaldo Salas Cortez** y **Pablo Ericks Martell Espinoza**, fueron los encargados directos de concretar diferentes interceptaciones telefónicas, para lo cual se valían de su condición de trabajadores del Service "Cobra" que prestaba servicios a Telefónica del Perú. Así, en el caso concreto de las conversaciones telefónicas de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, fueron contactados por Martín Alberto Fernández Virhuez, por disposición de Ponce Feijoo para realizar la interceptación de los teléfonos fijos de las oficinas, grabando las conversaciones y almacenándolas en USB o CD.

8.- **Alberto Oswaldo Salas Cortez**, se encargó de alquilar la habitación del inmueble de la Avenida Tacna N° 407, departamento N° 407, desde donde se interceptó el teléfono fijo de la oficina de Alberto Quimper Herrera, sito en la Avenida Paseo de la República N° 11, Oficina 701, Lima, y departamento N° 1007, Cercado de Lima, donde se incautó un monitor de PC, un Modem Router, cables e instalaciones clandestinas para interceptación de comunicaciones.

9.- **Pablo Ericks Martell Espinoza**, alquiló la habitación del segundo piso de la vivienda situada en el Jirón Dante N° 1252, Surquillo, desde donde se interceptó el teléfono fijo de la oficina perteneciente a Rómulo León Alegría,

sito en la Avenida 28 de Julio N° 611, piso 8, Miraflores.

Sin perjuicio de lo detallado, dependiendo de cada particular operación de interceptación telefónica desarrollada por los procesados, podían estos desarrollar funciones o tareas distintas a las que ordinariamente tenían a su cargo, claro siempre bajo la misma resolución criminal de violar el secreto de las comunicaciones.

B.- Delito de Asociación Ilícita para Delinquir:

Se imputa además a Elias Manuel Ponce Feijoo, Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, Giselle Mayra Giannotti Grados, Martín Alberto Fernández Virhuez, Jesús Juan Tirado Seguí, Alberto Oswaldo Salas Cortez y Pablo Eriks Martell Espinoza, que previo acuerdo entre ellos, conformaron la descrita organización destinada a cometer, sostenidamente en el tiempo, delitos que atentan contra el secreto de las comunicaciones, conforme ha sido detallado, buscando con ello la obtención de renditos, a través del ofrecimiento de sus ilegales servicios o de la información que previamente obtenían ilegalmente a terceras personas.

IV.- ANALISIS:

SEXTO: Corresponde realizar el examen recursal de la sentencia de mérito. Como ya se indicó, los cuestionamientos alcanzan varios aspectos del fallo, que es del caso revisar puntualmente; sin embargo, previamente abordaremos los cuestionamientos de naturaleza eminentemente constitucional.

LA SUPUESTA ILICITUD DE LAS PRUEBAS POSTULADAS, EL CUESTIONAMIENTO DE LA CADENA DE CUSTODIA Y LA ACTUACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ (PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA PRUEBA)

SETIMO: Es un fundamento recurrente de la procesada Giselle Mayra Giannotti Grados, que no se preservó la cadena de custodia de los elementos incautados, que se produjo una indebida intervención de órganos policíacos no especializados, la invalidez de la autorización otorgada por los procesados para levantar el secreto de las comunicaciones, la ausencia de abogados defensores en las diligencias preliminares, la actuación del colaborador eficaz Ismael Medardo Matta Uribe, entre otros argumentos.

OCTAVO: Así las cosas, corresponde remitirnos a la institución procesal denominada "cadena de custodia", definida como el procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba como documentos, muestras (orgánicas e inorgánicas), armas de fuego, proyectiles, vainillas, armas blancas, estupefacientes y sus derivados, etc.; entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial"¹.

La cadena de custodia es un medio reconocido de autenticación de evidencia demostrativa que no es susceptible de ser identificada por su apariencia externa ni susceptible de ser marcada. Se trata de establecer la "mismidad" requerida, esto es que la evidencia ofrecida es la misma que el proponente sostiene que es, acreditando su custodia o paradero desde su vínculo con los hechos en controversia (por ejemplo, la ocupación de la droga de un acusado por parte de un agente) hasta su presentación en evidencia. La cadena está compuesta por los eslabones en la custodia, y cada eslabón debe incluir el momento de custodia, de quien se recibió la evidencia y a quien se le pasó, y las medidas tomadas para asegurar la integridad de la evidencia y evitar que se intervenga con ella o se altere².

En unos casos la interrupción de la cadena de custodia tendrá efectos en la admisibilidad de la evidencia y en otros en la valoración o peso probatorio asignado después del debate. Cuando se trata de presentar evidencia contra un acusado, los tribunales son más celosos o cautelosos en relación con exigir mayor rigurosidad en la cadena de custodia. Pero aún en estos casos, **la clara tendencia es decir que no toda interrupción en la cadena de custodia acarrea la inadmisibilidad de evidencia, y que estas lagunas en la cadena se dirigen más al peso que a la admisibilidad de la evidencia**³.

De esta forma, el problema que plantea la cadena de custodia, es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que

¹ ANGULO ARANA, Pedro.2006. La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal. Lima, Gaceta Jurídica S.A.175p., citando a LOPEZ CALVO, Pedro y GOMEZ SILVA, Pedro.2000. Investigación Criminal y Criminalística. Bogotá, Colombia, Temis.137p.

² CHIESA, Ernesto, Tratado de Derecho probatorio, T II, Publicaciones JTS, 2005, Estados Unidos, p. 926

³³ CHIESA, op cit, p.926.

llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realizada a la que tiñe de valor jurídico con el fin, en su caso, de que lo que se recoge, traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el momento final en que se estudia y destruye.

Debiendo puntualizarse, que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental

alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

Apuntar, por ello, a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no resulta aceptable; en este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 27 de octubre del 2010, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC:

"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.

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.**"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317-2012

LIMA

NOVENO: Fijado lo anterior, debemos recalcar que, la defensa de los sentenciados sostiene que las autorizaciones que habrían prestado los procesados para que se acceda y visualice diverso material privado, no sería legal; al respecto, el tema pasa por determinar la validez o no de la autorización del titular de un bien jurídico, para proceder a la injerencia estatal en el contenido esencial de un derecho fundamental, en la medida que en el presente caso tomó lugar el consentimiento de los titulares de dichos derechos (conforme se dio lectura en el juicio oral), donde la procesada Giannotti Grados, estaba inclusive en compañía de sus abogados; por lo que su asentimiento incide en determinar la validez de la intervención así como de definirlo como un acto revestido de toda licitud. Por lo demás, no se advierte que haya acontecido algún acto de coacción y/o vicio de la voluntad, que haya de poner en duda la exteriorización de dicho elemento; más bien lo que se aprecia es una evidente intención de los abogados de los encausados de invalidar dichas intervenciones, cuando en su momento no indicaron nada al respecto. A mayor abundamiento, debe destacarse el hecho de aquellos defensores que en su debida oportunidad no cuestionaran la intervención, luego en una instancia decisoria y conclusiva del Proceso Penal, procedan a proferir dichas alegaciones, lo cual ha de ser calificado como una mera estrategia de defensa, que ante la adversidad de las circunstancias, optan por el camino de poner reparos a todo lo sucedido en la etapa de investigación.

Sobre este aspecto, cabe agregar que, mediante resolución de fecha 25 de mayo de 2011 (fs. 110567 a 110571), se dispuso la exclusión de la evaluación, de todo lo que se actúe con respecto de la acusada (Giannotti), después del 13 de enero de 2009, siendo materia de evaluación solo lo que se obtuvo hasta esa fecha y, segundo, del mismo contenido de la sentencia recurrida, se observa que el Tribunal decisorio (Segunda Parte; ítems: 22 y 23), concluye que en relación a las irregularidades en relación al recojo como en la conservación de algunas de las evidencias incautadas a los procesados Giannotti Grados y Tomasio de Lambarri, al no haberse cumplido con cuantificar adecuadamente lo que se estaba incautando, y las tachas propuestas por la defensa de dichos procesados, se declaran fundados, con excepción a la tacha contra el USB, cassettes y discos duros. En tal entendido, estimamos que el Superior Colegiado fue sumamente cauteloso y depuró parte del material probatorio acopiado en el presente procedimiento; por lo que los cuestionamientos esgrimidos por la mayoría de los sentenciados, deben ser desestimados.

DECIMO: Corresponde examinar la supuesta indebida intervención de órganos policíacos no especializados, empero, lo que en realidad se arguye

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317- 2012

LIMA

es que mediando dicha intervención, algunos funcionarios del gobierno, quisieron controlar e interferir en las diligencias investigativas, a fin de poder manipular y controlar los dispositivos y así sustentar la culpabilidad de los propietarios y gestores de BTR, contando para ello con la participación de fiscales y de altas autoridades policiales. Vemos de los diversos actuados, que efectivamente fue la Dirección Nacional contra las Drogas (DIRANDRO), la encargada de efectuar la presente investigación y ello obedeció estrictamente a una decisión del Ministerio Público -conductor jurídico de la investigación penal-, en vista de que dicha unidad estaba premunida de todo lo necesario para realizar una óptima labor. Por lo demás, cabe precisar que a la fecha en que la Fiscalía de la Nación, determina que sea la Fiscalía contra el Crimen Organizado la que asuma las investigaciones, no se sabía quién o quiénes estaban involucrados, información que recién se obtiene cuando el grupo de inteligencia de la PNP (ORION), después de efectuar sus primeras indagaciones, identifica a las personas que estarían comprometidas con los actos de violación de las comunicaciones e interceptaciones telefónicas; es decir, es después de dos meses, cuando se tiene certeza sobre la identidad de las personas que estarían comprendidos bajo la estructura de BTR, siendo en el mes de enero de dos mil nueve, cuando se elabora el informe de ORION y seguidamente la intervención de los procesados. Conforme los aspectos reseñados, se infiere la no acreditación de una voluntad política encaminada a manipular y controlar la presente investigación y así involucrar a los procesados de una manera ilegal e irregular.

En cuanto a no haberse preservado la cadena de custodia de los elementos incautados, de que los bienes no fueron oportuna y debidamente lacrados; se argumenta así, que en la intervención policial inicial, no haya estado presente el abogado defensor del intervenido, lo que riñe con la lógica elemental de los primeros actos investigativos, pues por su intrínseca naturaleza, necesita que se efectúe de manera sorpresiva (*inaudita pars*), de no ser así, se perdería la eficacia que orienta estas primigenias intervenciones, por lo que dicha alegación carece de *consistencia legal y jurídica, sabedores que en las diligencias preliminares rige el principio de investigación oficial*, merced al cual se autoriza a los órganos de persecución penal a realizar sus diligencias sin conocimiento del afectado, las cuales están dirigidas por el representante del Ministerio Público. Debiéndose destacar, que las intervenciones policiales tomaron lugar con toda corrección y fuera de toda clase de exceso, de ahí que se procede al registro vehicular y al registro domiciliario, tal como consta del contenido de las actas respectivas, que han sido debatidas en el contradictorio oral, no habiéndose producido acto de resistencia alguna por parte de los intervenidos ni incidente que haya merecido ser consignado en dichos documentos, habiéndose contado con la presencia de un representante del Ministerio Público en cada grupo. A

lo dicho, cabe añadir, que las oficinas de la DIRANDRO están revestidas de razonables elementos de seguridad y provistos de garantías, lo que permitió a la Sala atribuir un reconocimiento legal y válido, de los elementos hallados y descubiertos inicialmente. A mayor abundamiento, debe decirse que por el breve tiempo que la fiscalía en colaboración con la policía, tenía para concluir la indagación preliminar, hacía inviable que dichas indagaciones podrían efectuarse en presencia de todos los investigados y de sus abogados defensores, teniéndose como garantía fundamental, la presencia del representante del Ministerio Público, como órgano constitucional que otorga validez y legalidad a dichas actuaciones investigativas. Consecuentemente, no existen indicadores objetivos y acreditados, que puedan indicar que en la presente investigación habría acontecido una reprobable manipulación política, que si bien hay indicios de ciertas irregularidades —las que determinaron la exclusión de ciertas evidencias—, no es menos cierto que el resto de bagaje probatorio contaba con todos los elementos de validez para ser valorado por el Superior Colegiado, tal como fue destacado por el Ministerio Público y por la propia defensa de los encausados, al haber sido utilizados como prueba de descargo.

DECIMO PRIMERO: Finalmente, en lo concerniente al Colaborador Eficaz - Ismael Matta Uribe, la defensa de los ahora sentenciados, asevera que sus declaraciones habrían servido para que el juez disponga mandato de detención contra los investigados, sin embargo este deja de ser colaborador eficaz y por las declaraciones que presta, le otorgan un tratamiento premial al ser enviado a Estados Unidos de Norteamérica como parte de la representación diplomática militar del Estado peruano; asimismo, se alega que dicha persona sería parte de un complot político contra los acusados, dando una versión inculpatoria a cambio de un premio, para de esa manera favorecer a ciertos personajes políticos. Los Instrumentos que facultan a funcionarios judiciales a conceder rebajas de pena u otros beneficios similares, ante la efectiva colaboración de los delincuentes con la administración de justicia, hacen parte del que algunos han llamado derecho penal premial, que viene siendo aplicado en muchas legislaciones, como mecanismo para combatir ciertas y especiales formas de criminalidad, generalmente asociada con el secuestro, el narcotráfico, la subversión o el terrorismo.

Cuando nos referimos al «Derecho Penal Premial», estamos aludiendo a una innovadora estructuración procesal, que se viene acentuando en las últimas décadas, mediante la cual la pena que se colige como consecuencia jurídica a la comisión de un delito, no se aplica, o en su defecto se atenúa, como una forma *sui generis* de despenalización. La figura de la Colaboración Eficaz es una formulación que se enmarca estrictamente sobre consideraciones político-criminales, que tiene como precedente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317- 2012

LIMA

comparativo el *Plá Bargaining* como procedimiento consensual previsto en la legislación norteamericana. Es un proceso con particularidades propias de inicio, comprobación de información, acuerdo y control judicial. Responde a fines de oportunidad y búsqueda de elementos probatorios en el esclarecimiento de delitos y autores contra el crimen organizado y bajo el marco de la transacción penal. De tal manera que el colaborador proporciona información o elementos probatorios, los mismos que son verificados por la autoridad fiscal con el apoyo de la policía; y si ello resulta oportuno y eficaz se firma un acuerdo de beneficios a su favor, el mismo que debe ser sometido a la aprobación del juez penal.

Sobre esta institución jurídico-procesal, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 003-2005-PI/TC, (Fundamentos 268 a 270), ha señalado lo siguiente: "(...) El instituto de la colaboración eficaz centra en la figura del colaborador, también denominado "arrepentido", la posibilidad de alcanzar los fines para el cual fue creado. Y es en las exigencias que se imponen para conceder el beneficio que su regulación puede comprometer derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental. En efecto, el Tribunal observa que para acogerse al beneficio de la colaboración eficaz y así obtener una exención o atenuación de pena, el arrepentido asume una situación singular en el proceso penal. Por un lado, tiene la condición de investigado o imputado, en la medida que confiesa su participación en cualquiera de los delitos para los cuales se ha previsto el beneficio. Pero, de otro, también asume la condición de inculcado-testigo, ya que para acogerse al beneficio proporciona información sobre actos criminales de terceros (artículo 3 ° de la Ley 27378)".

En el presente caso se tiene que efectivamente -tanto la persona de Matta Uribe como Amengual Rebaza-, obtuvieron visa para los Estados Unidos de Norteamérica, una vez que se iniciaron las investigaciones por los hechos criminosos -objeto del procedimiento-; circunstancias que llevan al Superior Colegiado, evidenciar una actitud -por lo menos extraña-; máxime, -señala el Tribunal-; cuando el Ministerio Público al hacer la denuncia penal correspondiente, no comprendió al mencionado Ismael Medardo Matta Uribe, debido a que no había prosperado la colaboración eficaz siendo su situación jurídica en todo caso similar a la de Tirado Seguin, cuando menos en el momento que se inician estas investigaciones y cuando fue citado como testigo no concurrió al juicio oral, razones por las que se debe remitir al Ministerio Público copia de las piezas pertinentes a fin de que se investigue a los involucrados supuestos en esas irregularidades (punto 1180).

Según lo descrito, debe distinguirse dos aspectos a saber: primero, el probable trato privilegiado que habría tenido la persona de Medardo Matta Uribe, quien pese a estar en una situación similar a la de Tirado Seguin, se le excluyó de las investigaciones, más aún cuando al no haber prosperado el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317- 2012

LIMA

procedimiento especial de Colaboración Eficaz, su situación jurídica cambiaba de forma trascendental, por lo que deben efectuarse las investigaciones que correspondan, tal como la Sala lo sostiene en el punto 1182 de la sentencia; y, segundo, siguiendo en estricto las reglas de la Colaboración Eficaz, cuando el acuerdo es desaprobado, la versión prestada por el postulante a colaborador se dan por inexistentes (se sustenta en el principio de la no auto-incriminación), empero situación distinta, ha de verse cuando la información proporcionada por el colaborador arroja evidencias de la participación delictiva de otras personas, pues siendo así, se faculta al persecutor público emprender y/o ejecutar las investigaciones que correspondan y, así promocionar el ejercicio de la acción penal, conforme sucedió en el caso que nos ocupa. Así, se desprende del artículo 13° de la Ley N° 27378 - "Ley que establece Beneficios por Colaboración Eficaz en el ámbito de la Criminalidad Organizada", en cuyo artículo 13°, se dice lo siguiente: *"Si el Fiscal estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, por no haberse corroborado categóricamente, denegará la realización del acuerdo y dispondrá que se proceda respecto del solicitante conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar. Esta decisión no es impugnabile. Si la información proporcionada arroja indicios razonables de participación delictiva en las personas sindicadas por el colaborador o de otras personas, serán materia -de ser el caso- de la correspondiente investigación preliminar, para la decisión de la promoción de la acción penal y el procesamiento penal contra ellas"*.

A su vez, debe indicarse que una de las características medulares de este procedimiento penal especial, es el principio de comprobación, lo que importa la necesidad de comprobar la información, lo cual resulta vital para alcanzar la verdad histórico procesal. Consecuentemente, las declaraciones prestadas por el postulante a colaborador, cuentan con toda validez probatoria, coincidiendo con lo sostenido por Tirado Seguin, conforme los archivos electrónicos que proporcionó, son parte de lo mismo, que fue encontrado en posesión de los acusados y de BTR; sin defecto -decimos-, de las investigaciones que deban realizarse sobre el comportamiento de dicha persona.

El desarrollo expuesto en el presente acápite del dictamen, nos lleva a concluir que no se ha contravenido el principio constitucional de presunción de inocencia —conforme lo arguye la defensa de Gianotti Grados-, en la medida que dicha garantía fundamental ha sido enervada con el abundante material probatorio —de incriminación-, que fuera debidamente incorporado al expediente y valorado imparcial y objetivamente por el Superior Colegiado, consecuentemente, ha de rechazarse también, el fundamento de haberse vulnerado el derecho de prueba, en tanto solo se

ha apreciado aquellas pruebas que fueran válidamente adquiridas por las agencias de persecución penal estatal.

DEL DELITO DE ASOCIACION ILICITA PARA DELINQUIR Y LA TESIS DEL CONCURSO REAL DE DELITOS:

DECIMO SEGUNDO: Se cuestiona la aplicación del delito de asociación ilícita para delinquir, entendiendo que no existe propiamente asociación ilícita, sino a lo mucho, consorcialidad en la comisión de un delito en concreto. Así, se señala que, la combinación de funciones, caso de existir, estaba dirigida a la perpetración de un delito en concreto, y que eso era lo único que se proponían, sin que pueda añadirse otra infracción penal más, so pretexto de tan conjunta intervención, que igualmente se conjuga en todos aquellos casos en donde existe una coparticipación criminal.

La introducción en la jurisprudencia nacional del Acuerdo Plenario de las Salas Penales, Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, numero cuatro-dos mil seis/ CJ-ciento dieciséis, de fecha trece de octubre de dos mil seis, estableció que el delito de asociación ilícita para delinquir **"sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación (...) sin que se materialicen sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consume desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan —no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar—"**; lo cual debe concordarse con lo expuesto en el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias, número ocho-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, que alude a una posible participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales, pero precisa que si una persona como parte de una organización criminal puede cometer una serie de delitos no implica que tenga que sancionarse por asociación ilícita para delinquir por cada delito que cometa.

La inclusión de este desarrollo jurisprudencial, acentuó las exigencias de una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc. que se diferenciaban en gran medida de otras situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito

del consorcio delictivo o cuautoría.

Y lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que se constató la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo desde el seno de BUSINESS TRACK, caracterizada en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a interceptar las comunicaciones, asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, corrompiendo el objeto social. En efecto, la empresa BUSINESS TRACK, se crea para realizar actividades lícitas, como toda empresa que tiende a obtener reconocimiento formal y societario, cuya actividad social era la de efectuar barridos electrónicos, concretamente detectar filtraciones o interferencias en las comunicaciones de los integrantes de una empresa o institución; sin embargo, a la vez, dicha persona jurídica fue desviando su objeto de actuación, para ingresar a un campo de ilicitud, pues aprovechando los conocimientos especiales (técnicos), que ostentaban sus miembros (Tomasio de Lambarri, Fernández Virhuez, Ojeda Angles y Tirado Seguin -ex integrantes de la Marina de Guerra), volcaron dicho conocimiento en la interceptación de teléfonos y en la violación del secreto de las comunicaciones. Resultando, por tanto, una empresa cuya fachada y revestimiento legal, les servía a sus emblemáticos componentes para ejecutar una serie de actividades ilícitas y clandestinas, merced a las cuales recibían sumas ingentes de dinero, a cambio de la información que comercializaban a sus clientes, -quienes no han sido identificados a lo largo del procedimiento-, y ello se acredita plenamente, con el abundante material informático (base de datos), incautado a los co-procesados, por lo que negar dicho hecho indubitable, solo ha de ser apreciado como un mero argumento de defensa; por consiguiente, la vocación de permanencia, la cohesión y engranaje de la asociación ilícita para delinquir, conforme la división de los roles -específicamente delimitados-, asentados a través de los órganos jerárquicos que componen su basamento estructural, configuran una organización delictiva encaminada a cometer una pluralidad de delitos, por lo que la acreditación fáctica, jurídica y probatoria de los elementos constitutivos del tipo penal contenido y descrito en el artículo 317° de la codificación punitiva, queda plenamente constatada en los medios probatorios actuados en sede de Juzgamiento, donde cada uno de sus miembros ha de responder a título de autor. A tal efecto, queda también debidamente acreditada la pertenencia de cada uno de los encausados a la organización delictiva, sobre la base de las funciones y/o tareas que desarrollaba cada uno en la operatividad de la estructura criminal.

DECIMO TERCERO: De esta forma, comprobamos, una estructura con vocación de permanencia, de ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en el ilícito penal de interceptación de las comunicaciones, todo el accionar desplegado por los procesados. En efecto, en el caso enjuiciado, de la lectura de los hechos probados, lo que se deduce es una conjunción de sujetos con la idea de interceptar comunicaciones, y en los términos en que está relatado, tal agrupación es inherente al delito de asociación ilícita para delinquir, o lo que es lo mismo, no podría haberse hecho de otro modo, cuando varios concurren a tal finalidad.

En este orden de ideas, cuanto a la "vocación de permanencia", que la defensa de uno de los procesados arguye no estar acreditada en el caso de autos, dicha argumentación no resulta atendible, si reparamos en las investigaciones efectuadas en el decurso del presente procedimiento, en que se constata la existencia de una estructura criminal que funcionó por un tiempo significativo, donde sus integrantes: **PONCE FEIJOO, TOMASIO DE LAMBARRY y GISELL GIOANNOTTI** (Gerente de la empresa BUSINESS TRACK, Gerente de Operaciones y Gerente de Ventas, respectivamente), no se reunían de forma ocasional y/o esporádica, sino de forma permanente en el tiempo, lo que demuestra claramente que estamos frente al hecho punible sub examine, debidamente cohesionado, cuya operatividad en el tiempo.

A lo anterior se abona, que FERNANDEZ VIRHUEZ se encontraba en un nivel de subordinación frente a Ponce y Tomasio, merced a las órdenes que estos últimos le impartían, lo que viene a demostrar la verticalidad de la organización; a su vez, se revela de autos, que Tirado Seguin realizaba la tarea de transcribir las grabaciones por encargo de Ojeda Angles o directamente a través de Ponce Feijoo. Al respecto, resulta ilustrativo remitirnos al fundamento 2053 de la sentencia, en el cual se indica lo siguiente: "(...) las acciones delictivas desplegadas por los acusados estuvieron dirigidas a lesionar el derecho a la intimidad-secreto de las comunicaciones de los ciudadanos, generando de esta forma inseguridad y afectando bienes jurídicos tutelados por la normatividad vigente, (...) parte de una organización estructurada, con división de roles que en el desarrollo de sus actividades delictivas utilizó como fachada a la empresa Business Track, con cuya cobertura y aparentando brindar servicios lícitos únicamente, cometieron los delitos materia de la sentencia. Que se trata de la intervención concertada y coordinada, en la ejecución de los hechos delictivos, de una pluralidad de personas que actuaron bajo la orientación de las disposiciones dadas por el acusado Ponce feijoo, desde su posición como Gerente de la empresa Business Track, así como de Tomasio de Umbarri y Gianotti Grados desde su posición de Gerente de Operaciones y Gerente de Ventas, respectivamente. Que los acusados son personas con alto grado de preparación y experiencia en diferentes aspectos técnicos, habiendo

afectado con su accionar delictivo a una pluralidad de personas, como empresarios, funcionarios, personas naturales y jurídicas; quehacer delictivo que se desarrolló con un ajan lucrativo". Consecuentemente, queda acreditado que los acusados actuaron como un grupo concertado y debidamente organizado, dando lugar a un verdadero injusto mímico, propio de estas estructuras criminales.

DECIMO CUARTO: Las consideraciones precedentes desvirtúan, lo argumentado por la defensa de Ponce Feijoo, en el sentido de que la fundación de la empresa fue para hacer empresa en el país. Justamente, al referirse a una organización a delinquir, su estructura de composición orgánica ha de funcionar de forma "horizontal" (entre los miembros de la cúpula del aparato criminal) y de forma "vertical", con quienes se encargan de cometer materialmente los hechos luctuosos; siendo que en el caso que nos ocupa los procesados: SALAS CORTEZ y MARTELL ESPINOZA, no han sido condenados por el delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR, de forma que no se puede argumentar válidamente, que PONCE FEIJOO tenía que conocer a ambos inculpados, para que se pueda acreditar la presencia del elemento: "Acuerdo a Delinquir". En este hilo argumental, no puede exigirse un acuerdo expreso que esté contenido en un acta o un documento, sino que bastará la exteriorización de actos que de forma objetiva indiquen que existe una convergencia de voluntades encaminada a la perpetración de hechos punibles, lo que se ha probado debidamente en autos.

En cuanto al número suficiente de personas, debe decirse que el tipo legal, según su redacción normativa dispone que sean «dos o más personas», un número que debe ser suficiente para poder garantizar la operatividad de la organización, en todo caso deben ser personas aptas y/o en condiciones suficientes, para poder perpetrar los hechos punibles que son ideados desde la cúpula de la organización. En el caso de autos, la organización estaba conformada por cinco personas, un número suficiente para poder materializar los planes delictivos que se perpetraron desde la estructura de la organización.

DECIMO QUINTO: Finalmente, la defensa de Ponce Feijoo, ha cuestionado que en el presente caso estemos ante un concurso real de delitos, siendo la fórmula correcta el concurso ideal de delitos, en cuanto al artículo 317° con el tipo penal de Interceptación telefónica. La naturaleza jurídica de cada una de estas instituciones concursales es en sí distinta, por lo que determinar su sustantividad material es un tópico importante al incidir en el ámbito de la sanción punitiva a imponer, máxime, luego de la reforma producida por la

sanción de las Leyes N°s. 28726 y 28730 de mayo de 2006, que dan lugar a una Acumulación Material jurídica de penas.

Nuestra jurisprudencia, destaca que: el artículo 50° del Código Penal -en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006. Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [Villavicencio Terreros, Felipe: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de delitos independientes.
- C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal -enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

Llevando la argumentación descrita —al presente caso, se tiene que la doctrina jurisprudencial citada — **“La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan —no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar—**”, destaca la necesidad de que se deba diferenciar por un lado, la pertenencia a una organización criminal, y por el otro lado, el delito finalístico cometido. (...). Así, la relación que media entre la pertenencia a la organización criminal y el delito cometido da lugar a un concurso real de

delitos, y no a un concurso ideal, dado que se trata de dos hechos distintos y que tienen una notoria diferencia en el contexto espacial y temporal, salvó el caso en el que junto al comienzo de formar parte de la asociación el sujeto comete un delito que se encuentra dentro del programa de la estructura de poder.

DEL DELITO DE INTERCEPTACION TELEFONICA Y LA TESIS DE LA CO-AUTORÍA DE LOS PROCESADOS ELIAS MANUEL PONCE FEIJOO, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS. JESÚS MANUEL OJEDA ANGLES y FERNANDO VIRHUEZ:

DECIMO SEXTO: Se denuncia que, la infracción del derecho a la presunción de inocencia se habría generado, ante la falta de genuina prueba de cargo y por la irracionalidad con la que ha sido valorada por el Tribunal *a quo*. Al respecto, debemos puntualizar que, el Tribunal Sentenciador apoya su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación de los procesados en él. En segundo lugar, que las pruebas de cargo son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en los siguientes puntos: a.- si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, al fundamentar su decisión; b.- si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; y c.- la constancia de una decisión con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

En el presente caso, la sentencia del Ad quem, ha motivado de forma correcta y precisa su decisión sobre la suficiencia de la prueba de la que se valió para emitir el fallo condenatorio. Ha justificado, además, las razones por

las que las alegaciones de las partes son descartadas y, por supuesto, no se ha apartado de las exigencias impuestas por la lógica y las máximas de experiencia a la hora de resolver las alegaciones sobre la irracionalidad del proceso de valoración probatoria.

Baste ahora apuntar que el reconocimiento de los hechos por parte del imputado Fernández Virhuez - quien en su manifestación policial, señaló que para el inicio de las interceptaciones telefónicas de los teléfonos fijos de Rómulo León y Alberto Quimper, encargados por el señor Ponce Feijoo; le entregó la suma de quinientos dólares americanos a Alberto Oswaldo Salas Cortez, para que consiga los locales o habitaciones desde donde se iba a realizar las interceptaciones telefónicas -, son datos que han sido debidamente ponderados por el órgano decisorio, ofreciendo un pronunciamiento unánime, basado no sólo en la declaración de los imputados, sino en los elocuentes elementos de corroboración que descartan los riesgos advertidos de forma reiterada por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Por último, el hecho de que el material incautado ha servido de respaldo o corroboración incriminatorio.

En efecto, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases: a).- La percepción sensorial de la prueba; y b).- Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración. La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por este Supremo Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial. En este sentido, el único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial

de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitera ante ellos, la prueba de carácter personal.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala Suprema - se puede decir, que aborda precisamente esta cuestión; por lo que, en este extremo, el Tribunal Supremo se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, esto es, cuando su intervención, en principio, no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él.

Desde esta perspectiva, se puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuada por el Juez A quo, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias, o que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur se ipsum accusare", y en su caso, revocar la sentencia recurrida, sin necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación.

En resumen, en las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos), como pruebas directas, se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata a la percepción sensorial, condicionado a la inmediación; por tanto, ajeno al control en vía de recurso por un tribunal que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas, aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Es decir, las garantías de inmediación, publicidad y contradicción, son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos.

DECIMO SEPTIMO: Establecido lo anterior, debemos relieves que la defensa de

alguno de los encausados (Gioannotti Grados), cuestionan teórica y conceptualmente dicho título de imputación delictiva; por lo que, hemos de efectuar un examen riguroso sobre ese extremo de la sentencia, en pos de confirmar o no la afirmación categórica del Superior Colegiado; así también, la defensa de Tomasio de Lambarry, precisa que la conducta del referido procesado no es típica, por falta de creación de un riesgo no permitido, en la medida que éste fue accionista y fundador de la empresa BTR, dedicada a brindar seguridad informática a sus clientes y ocupó el cargo de Gerente de Operaciones; asimismo, en el presente caso, en virtud de la prohibición de regreso, el comportamiento del procesado no es imputable penalmente porque aquel no ha quebrantado su rol en el ejercicio de sus actividades como Gerente de Operaciones de la empresa BTR.

En aras a la brevedad nos remitimos a la doctrina expuesta en nuestro voto singular de la Ejecutoria Suprema de fecha 14 de diciembre del 2007, recaída en el Recurso de Nulidad N° 5385 - 2006 - Lima, sobre la coautoría, en dicho voto, de la mano del maestro Gunther Jakobs, sostenemos la tesis de que el dominio del hecho en su conjunto "solo es poseído por el colectivo" involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente y subjetivamente de cara a los propósitos y logros transgresores. Los ejecutores materiales de los hechos probados son sujetos que plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores, tesis coherente con el principio jurídico penal contenido en artículo VII del título preliminar del Código Penal, que prescribe que: "**La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.**"⁴, principio cuyo espectro aplicativo, dada su condición y ubicación sistemática, se irradia a todos los tipos penales, y cuya vigencia se acentúa, en los supuestos de confluencia de varios sujetos activos en la dinámica comisiva del delito, esto es, exige efectuar un análisis riguroso de los posibles excesos en la producción de los resultados, conforme lo hemos expuesto líneas precedentes, excesos que no pueden imputársele, acriticamente, al hombre de arriba.

El artículo 23° del Código Penal, define que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a

⁴ Principio que es destacado en el ítem 7 del Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, al puntualizar que: "**la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibile, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal**"

ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, **siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso** respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Los límites de la aceptación pueden desprenderse de la configuración del hecho aceptada por los intervinientes, so pena de incurrir en arbitrariedad.

Superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí es, que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, esto es, alzarse en armas en el caso concreto. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

En el caso sub examine, el delito de "Interceptación Telefónica", conforme la redacción normativa definida bajo los contornos legales del artículo 162° del CP, dispositivo legal, que a la letra señala lo siguiente: '*El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años*'. De entrada, debe acotarse que el tipo legal in comento, lo que tutela es el secreto de las comunicaciones privadas, esto es, aquella esfera íntima del sujeto pasivo que debe estar al margen de cualquier intromisión ajena; constituye un derecho fundamental, ubicado en el pórtico de los bienes jurídicos de naturaleza personal, por lo que se trata de un interés jurídico plenamente disponible por su titular; (...) la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera sea la técnica de transmisión utilizada y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir —conversaciones, informaciones, datos imágenes, fotos, etcétera-, pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Para un sector de la doctrina, el bien jurídico predominante es la «privacidad individual» y la «intimidad personal», en relación con el «derecho de reserva» que corresponde a las comunicaciones interpersonales; (...) el bien jurídico protegido es, alternativamente, el secreto o la intimidad, pero muchas de las veces, ambos derechos pueden coincidir, consecuentemente ser violados en un solo acto por el agente (...).

De la normativa en cuestión, se colige que la realización típica de este injusto penal, toma lugar a partir de dos modalidades típicas a saber: primero, mediando la *interferencia de una conversación telefónica* y, segundo, a través de la *escucha de una conversación telefónica*; quiere decir esto, que autor de este delito, será toda aquel individuo -ajeno a los interlocutores-, quien de forma indebida intercepta una comunicación privada. Como se apunta en la doctrina, la palabra "escucha", es que la actividad siempre es captada por un tercero ajeno a la conversación.

Llevado dichos argumentos al caso que nos ocupa, se advierte que cada uno de los mencionados procesados, desde el rol y/o tarea que desempeñaban desde la estructura del aparato criminal, prestaban una aportación esencial, para que los autores ejecutivos del plan criminal puedan alcanzar el éxito en la operación delictiva (interceptación telefónica), es decir, se procede a una contemplación global del hecho como un "todo", no desde una perspectiva formal, sino más bien de naturaleza "material", por tales motivos, no resulta necesario un acuerdo expreso formal entre ellos ni que se conozcan de forma personal, pues lo importante a todo esto, es que ellos sabían que su aporte y/o contribución sumada a la de los demás, daba como resultado la materialidad típica de los delitos que se perpetraron desde la estructura criminal de la persona jurídica que regentaban, de forma específica el delito de Interceptación Telefónica, artículo 162° del Código Penal, esto es haciendo posible que los procesados **ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ** y **PABLO ERIKS MARTEKK ESPINOZA SALAS** quienes ejecutaron formalmente los actos de interceptación telefónica, conforme se detalla en el punto siguiente del dictamen.

Finalmente, hemos de dar respuesta a los fundamentos esgrimidos por la defensa de TOMASSIO DE LAMBARRY, en cuanto que la conducta de dicho inculpado es atípica, en mérito a los principios del riesgo permitido y de la prohibición de regreso. Sobre el primer punto a saber, debe indicarse que la teoría de la Imputación Objetiva tiende a fijar ciertos criterios reguladores, amén de fijar el ámbito de protección de la norma, es a partir de sus componentes integrativos, que el intérprete puede fijar con toda corrección, cuando está ante una conducta provista de relevancia jurídico penal, esto quiere decir, que no es el nexo de causalidad lo que fundamenta la tipicidad objetiva, sino la contemplación de una conducta que puede ser atribuida a la esfera de organización personal del autor y/o partícipe. Es por ello, que mediando la aplicación de esta institución de la dogmática penal, se puede sostener la imputación delictiva bajo un criterio de racionalidad y ponderación, desechando aquellos resultados lesivos que son obra de la casualidad, del destino, del azar o de otros factores causales concomitantes y/o sobrevinientes. Conforme dicha institución, es que aparece el principio

del riesgo permitido, en el sentido de delimitar una zona, entre aquellas conductas que se ubican en un ámbito de legalidad, al no contravenir normativa alguna, con aquellas que desbordan el umbral de legitimidad, importan la generación de un riesgo no permitido, por tanto susceptibles de ser encajadas en la redacción normativa del tipo penal en particular. Así, cuando se señala que para poder afirmar la imputación objetiva es necesario comprobar si la acción causante del resultado ha creado un riesgo típicamente relevante, dado que desde la concepción personal del ilícito (...) el objeto de prohibición penal no puede ser más que acciones objetivamente peligrosas para los bienes jurídicos, cuya puesta en peligro y lesión se pretende evitar con tal prohibición; (...) la pregunta por tipicidad que una acción requiere (...), la comprobación de si el riesgo de producción del resultado ligado a ella puede ser considerado un riesgo jurídicamente reprobado, no permitido. Como sostiene Quintero Olivares, la explicación del riesgo permitido descansa en una valoración real y social de las acciones humanas que lleva a aceptar como normales y prudentes acciones que en teoría necesariamente entrañan un peligro; pero, que por su intrínseca utilidad social, han de ser toleradas y admitidas por la sociedad y el Derecho. Por consiguiente, ello implica poder construir la imputación del resultado lesivo desencadenado, a la conducta desplegada por el autor, generadora del riesgo no permitido; (...) *para que un resultado sea objetivamente imputable al autor es necesario que la acción causante del mismo haya creado un riesgo típicamente relevante que se haya realizado en el resultado típico, siempre que dicho resultado sea uno de los que el tipo en cuestión tenía por finalidad evita*".

Si siguiendo los fundamentos anotados, nos queda claro que la imputación delictiva que recae sobre este sentenciado, no se basa en el hecho de haber sido accionista y fundador de la empresa BTR, dedicada a brindar seguridad informática a sus clientes, habiendo ocupado el cargo de Gerente de Operaciones, sino de formar parte de la asociación delictiva, cuyo ilícito propósito era el de intervenir las comunicaciones de los privados y así agenciarse de clientes para la obtención de dividendos económicos, de forma que la conducta atribuida a dicho encausado, es reveladora de un *riesgo jurídicamente desaprobado, que ingresa al ámbito de protección de la norma jurídico-penal, por ende apta para encuadrarse en el tipo objetivo de las figuras delictivas incriminadas a su persona*.

El principio de prohibición de regreso supone la imposibilidad de sostener la responsabilidad de quien contribuyo, con quien perpetró un hecho punible, al estar desconectados ambos eventos merced a la cotidianeidad de los actos -socialmente adecuados-. Así, cuando se sostiene en la doctrina, que si alguien se comporta conforme a las prescripciones de su rol, no puede ser responsable de los enlaces delictivos que a su conducta inocua hagan

terceros. Llevado el comportamiento conforme al rol, se produce una desvinculación de éste respecto a las conductas de terceros, de modo que no se puede «regresar» a dicha conducta para adscribir responsabilidad (Prohibición de regreso). Se produce una desvinculación entre el acto anterior con la actuación posterior, de quien emplea la primigenia contribución, para la realización de un hecho delictivo.

Confrontando la línea doctrinal esbozada con los argumentos propuestos por la defensa del procesado, se concluye enfáticamente que la imputación jurídico-penal contra aquel, no tiene que ver con el quebrantamiento de su función, como Gerente de Operaciones de la empresa BTR, sino como todo ciudadano -libre y responsable-, que tiene el deber de no lesionar y/o poner en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, encaminado a interceptar las conversaciones privadas, de modo que la imputación objetiva de su conducta a los resultados antijurídicos acaecidos, queda inobjetablemente constatado.

De esta forma, se observan, además, los criterios de interpretación vinculantes, contenidos en los fundamentos jurídicos 33 y siguientes de la sentencia del 29 de Abril del 2005, Exp.N° 1805 - 2005 - HC/TC, al recalcar que: " (...) 33. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación.

El artículo 23.º de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

34. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a]quel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"^{5[8]}. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el *partícipe* está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el *partícipe* no tiene dominio del hecho.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el

resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución. (...)"

DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL TÍTULO DE PARTICIPACIÓN DELICTIVA DE LOS PROCESADOS: ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ y PABLO ERIKS MARTELL ESPINOZA SALAS.

Se tiene de autos, que los encausados: **ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ y PABLO ERIKS MARTELL ESPINOZA SALAS**, han sido sentenciados por el Colegiado **como cómplices primarios del delito** contra la Libertad - Violación del Secreto de las Comunicaciones — Interceptación Telefónica, en agravio de Rómulo Augusto León Alegría y otros. De forma precisa, al examen sustantivo de la imputación delictiva recaída sobre ambos sentenciados, debe indicarse, que desde un plano estrictamente procesal, ha quedado plenamente acreditada la responsabilidad penal de los dos inculpados; donde el principio de presunción de inocencia no sólo ha sido enervado y/o destruido, mediando la valoración de la declaración del co-procesado FERNANDEZ VIRHUEZ, sino que a dicho medio probatorio se ha aparejado otros medios de prueba, con suficiente contundencia e idoneidad para construir el silogismo contenido en la resolución de condena, en correspondencia con lo vertido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2005.

Establecido lo anterior, debemos recalcar que, nuestro sistema de punición, se rige bajo un concepto restrictivo de autor, esto quiere decir, que a parte del autor, se identifican a otros intervinientes, que al resultar marginal y/o accesoria su participación, son calificados como "cómplices"; y ello es, así en tanto y en cuanto el dominio del hecho sólo lo tiene el autor, pues en sus manos está la posibilidad que el plan criminal pueda o no adquirir concreción material. Dicho dominio del evento típico, le permite al autor, frustrar en cualquier momento la realización típica, potestad que no cuenta el partícipe (cómplice). Siendo así, se distingue el autor del cómplice, por dos elementos a destacar: -primero, que la contribución objetiva al hecho, la presta el autor necesariamente en la etapa ejecutiva del delito (con las excepciones anotadas líneas atrás), mientras que el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito y, segundo, el hecho delictivo como tal le pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesoria y dependiente de aquel. El injusto penal se le atribuye al autor, al cual el cómplice coadyuva y/o colabora, para que éste pueda exteriorizarse en el mundo fenoménico.

Es participe aquel que contribuye a la realización del hecho delictivo de otro. Es quien convence a otro para que cometa un delito que no tenía pensado realizar, o quien proporciona los medios o cualquier tipo de colaboración para que otro lleve a cabo un hecho delictivo. La teoría de la participación, descansa sobre dos presupuestos: *el principio de la unidad en el título de imputación* y *el principio de la accesoriadad*.

Conforme lo expuesto, se tiene que la imputación jurídico-penal que recae sobre ambos co-encausados, -como cómplices primarios del delito de Interceptación telefónica-, versa de la siguiente forma: *"Esta acreditada la responsabilidad penal, de los acusados Salas Cortez y Martell Espinosa, como autores materiales del delito, al haber contribuido con sus conocimientos técnicos a los propósitos de interceptación telefónica que llevaron a cabo por órdenes de Fernández Virhuez teniendo la condición jurídica de **cómplices primarios**, debido a que "per se " **no tenía interés en hacer lo que se hacía**, sino que su voluntad y conciencia estaba referido a satisfacer las exigencias de Fernández Virhuez a cambio de ganarse un dinero adicional, lo que determina que sus propósitos no eran los mismos que Fernández Virhuez y los otros (...) sino que su principal interés era agenciarse de un dinero extra a cambio de hacer algo indebido, pinchar un teléfono de manera clandestina, ilícita"*.

De acuerdo a los términos de la imputación jurídico-penal, fijado por el Superior Colegiado, la reconducción a la figura de cómplice primario resulta atendible. Asimismo, la pena impuesta a ambos sentenciados se corresponde al grado de culpabilidad atribuible los inculpados.

IMPUGNACIÓN DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. RESPECTO A LA ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO JESÚS JUAN TIRADO SEGUIN POR EL DELITO DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA ASÍ COMO LA IMPUGNACIÓN DEL PROCESADO OJEDA ANGLÉS:

El persecutor público en su escrito de impugnación, sostiene que la conducta desplegada por el procesado Jesús Juan Tirado Seguin, conforme ha quedado acreditada en el debate del Juicio Oral, implicaba también, la escucha de audios de conversaciones telefónicas obtenidos de manera ilegal, que le fueron entregados indistintamente por sus co acusados Ponce Feijoo y Ojeda Angles este último por disposición de aquél) para ser luego transcritos y entregados a Ponce Feijoo. Asimismo, se ha establecido que fue este acusado el encargado de efectuar el flujograma de llamadas telefónicas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317- 2012

LIMA

A consideración del Superior Colegiado, Tirado Seguin no ha conectado los aparatos para escuchar las conversaciones telefónicas cuando se producen ni ha dispuesto que se haga dichas escuchas, tampoco, era de su interés saber lo que se escuchaba o interfería; su labor mecánica de transcribir, no constituye delito de interceptación telefónica, tampoco, ingresa a la colaboración directa o indirecta con el hecho ilícito, pues reiteramos que no se produce antes, durante la comisión del delito, sino se trata de una colaboración laboral posterior que no está tipificado en el Código Penal como hecho punible; en consecuencia, no se probó su responsabilidad penal en la comisión del delito de interceptación de las comunicaciones telefónicas, debiendo ser absuelto en este extremo. Consideraciones que este Supremo Colegiado considera atendibles.

Por su parte, la defensa de Jesús Manuel Ojeda Angles alega que prestaba servicios a la empresa "BTR", teniendo que obedecer órdenes de índole laboral de sus co procesados Elias Manuel Ponce Feijoo y Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, por tanto, el procesado realizó dichas conversiones dentro del contexto del ámbito laboral, donde el jefe le solicitó realizar un servicio, lo que ejecutó en atención a la dependencia que existía con el señor Ponce Feijoo, por ende, la ejecución de tal acto responde a un cumplimiento de sus labores, mas no a un ilícito penal. A su vez, sostiene que su conducta es similar a la desarrollada por su co procesado Jesús Ángel Tirado Seguin; sin embargo, a este último se le excluyó de responsabilidad penal en el delito de interceptación telefónica como no ocurre con el procesado impugnante, demostrando así la Sala un criterio disímil al evaluar dos conductas similares.

Conforme a la primera argumentación esgrimida, debe decirse que del abundante material acopiado en el decurso del procedimiento penal, puede inferirse fuera de toda duda razonable, que este procesado sabía perfectamente lo que hacía, por lo que no puede alegar, a este nivel, que desconocía la procedencia de las conversaciones que habría de convertir formato de 05 CDs a MP3, debiéndose desdeñar de plano, el hecho de haber actuado ilícitamente por órdenes de sus co procesados Elías Manuel Ponce Feijoo y Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, en tanto la Obediencia Debida como Causa de Justificación, no resulta admisible, ante la emisión de órdenes manifiestamente antijurídicas. En cuanto al segundo argumento propuesto por la defensa del sentenciado, debemos puntualizar que su situación jurídica penal, conforme lo señala la sentencia materia de alzada, no resulta homologable a la conducta desplegada por el sentenciado Jesús Ángel Tirado Seguin, por lo que su comportamiento se adecúa a los alcances normativos del artículo 162º del texto punitivo.

IMPUGNACIÓN DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. CON RESPECTO A LA PENA IMPUESTA A PONCE FEIJOO, TOMASIO DE LAMBARRI. GISELL GIANNOTTI GRADOS. FERNÁNDEZ VIRHUEZ y OJEDA ANGLES

El persecutor público, cuestiona la operación de individualización penológica que llevó a cabo la Sala sentenciadora de instancia, al respecto debemos relieves que, para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena y el *quantum* de éstas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para individualizarla judicialmente y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente - conforme al artículo cuarenta y seis del citado texto legal -, en tal sentido, se advierte que las circunstancias que acompañaron a los eventos delictivos por los cuales han sido condenados los referidos encausados, el *quantum* de pena impuesto resulta proporcional.

IMPUGNACIÓN DEL MONTO POR CONCEPTO DE REPARACIÓN CIVIL DE LA PARTE CIVIL - ALBERTO QUIMPER HERRERA Y DEL PROCESADO FERNÁNDEZ VIRHUEZ

En la presente, la Parte Civil esgrime como fundamentos de su recurso impugnativo, indicando que el daño ocasionado con las interceptaciones telefónicas le han generado gravísimas consecuencias con respecto a su persona, pues en el ámbito personal su salud se resquebrajó, su nombre y reputación fueron dañados, es más, es objeto de parodias y sobrenombres que marcan su esfera profesional y su presentación como individuo en sociedad. Por lo que, el monto estipulado por concepto de Reparación Civil, resulta ínfimo frente al daño irrogado. Pues bien, la Justicia Penal no sólo tiene que ver con la imposición de penas y/o medidas de seguridad, a quienes con su obrar antijurídico, han lesionado bienes jurídicos tutelados por la norma jurídico-penal, sino también, con la compensación de los daños y perjuicios que ocasiona la perpetración del hecho punible en los intereses jurídicos, cuya titularidad se atribuye a la "víctima", nos referimos a la "Reparación Civil" que debe fijar el órgano jurisdiccional en la sentencia de condena, la misma que debe ir en correlato con el perjuicio generado, tomando como valoración los presupuestos que se contienen en el artículo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1317- 2012

LIMA

93° del Código Penal. Dicha reparación civil, importa el resarcimiento del bien o indemnización por quien produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima; que, conforme lo estipulado por el artículo noventa y tres, antes citado, comprende: **a)** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y **b)** la indemnización de los daños y perjuicios. A ello, es de agregar, que lo estipulado debe ir en correlato con los principios de suficiencia, razonabilidad y proporcionalidad.

Para el caso que nos ocupa, estamos frente a un daño básicamente inmaterial, por lo que los montos resarcitorios y reparatorios, en situaciones como esta, dada su propia naturaleza, siempre resultan subjetivos y en algunos casos arbitrarios. Ponderar un monto en función al daño que sufre una persona porque otra a escuchado sus conversaciones telefónicas, resulta realmente incierto, salvó que se haya podido plasmar probadamente que dichas escuchas tuvieron efectos materiales específicos, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

En mérito a lo expuesto, resulta pertinente remitirnos al Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República), Lima, 13/10/2006, fundamentos 7 y 8, que destaca que:

«La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' -lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción / daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (i) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neto dejado de percibir -menoscabo patrimonial-; (ii) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales -no

patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas -se afectan, como acota Alastuey Dobón, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (Conforme: Espinoza Espinoza, Juan: Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, 2002, página 157/159)."

Para el caso en estudio, debemos relievar que el Superior Colegiado, al fijar el monto de la Reparación Civil, de S/. 20, 000 (Veinte Mil nuevos soles), a favor de cada uno de los agraviados, observó los criterios jurisprudenciales vigentes, la sentencia materia de alzada, en este extremo, se encuentra arreglada a ley; por lo que los agravios no resultan atendibles.

En este orden de ideas, y conforme a los lineamientos jurisprudenciales esbozados, tampoco son atendible las objeciones, por lo demás genéricas, esgrimidas por el procesado Fernández Virhuez.

RESPECTO A LOS EXTREMOS DE REMISION DE COPIAS AL MINISTERIO PÚBLICO:

Que, el artículo doscientos sesenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, establece dos modalidades cuando de los debates orales realizados en el juzgamiento, resulta presunta responsabilidad de una persona no comprendida en la acusación escrita del Ministerio Público, o se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al del proceso, la primera, es que el Fiscal Superior deberá solicitar que se abra instrucción, y el Tribunal accederá a dicho pedido; que, la primera modalidad, está en relación a la función que la norma fundamental reconoce en su actuación, tal como se desprende del inciso quinto del artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución; mientras, la segunda, es que la Sala Penal ante la abstención de solicitar aquello, debe expedir copias del proceso con las piezas pertinentes y lo elevará en consulta al Fiscal Supremo que corresponda, a efecto que disponga o no la apertura de instrucción, previo los procedimiento a que en dicho nivel se efectúen; que, si bien en esta Instancia Suprema, uno de los implicados en dicho extremo, informó oralmente en la vista de causa, aquello no genera un derecho de impugnación; toda vez que, para ello debe estar expresamente concedido por la instancia inferior, tal como es el caso del concesorio de los recursos de nulidad promovidos por las partes del proceso, en aplicación de lo dispuesto por el artículo doscientos noventa y dos del Código de Procedimientos Penales, y que han sido materia de análisis del Colegiado Supremo, por lo que, este Supremo Tribunal está impedido de conocer dicho extremo, debiendo la Sala Superior Penal cumplir con lo dispuesto por el segundo párrafo del mencionado artículo doscientos sesenta y cinco del Código

Adjetivo citado; por tanto, en este extremo, se dispone: **CORREGIR** la parte resolutive de la sentencia que ordena remitir las copias pertinentes al Ministerio Público, y se **DISPONE** que la Sala de Origen en estricto proceda conforme a lo prescrito por la norma procesal invocada.-

POR ESTOS FUNDAMENTOS:

Declararon:

I.- **NO HABER NULIDAD**, en la sentencia del veintitrés de marzo de dos mil doce, de fojas ciento diecisiete mil trescientos cuarenta y ocho, en el extremo resolución que falla: **ABSOLVIENDO de la acusación Fiscal a JESÚS JUAN TIRADO SEGUÍN**, por la comisión del delito **contra la Libertad-Violación del Secreto de las Comunicaciones-Interceptación Telefónica**, en agravio de Rómulo León Alegría y otros;

II.- **NO HABER NULIDAD**, en la sentencia, en el extremo, que: **CONDENA a ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS, MARTÍN ALBERTO FERNÁNDEZ VIRHUEZ y JESÚS MANUEL OJEDA ANGLÉS, como coautores del delito Contra la Libertad-Violación del Secreto de las Comunicaciones-Interceptación Telefónica**, en agravio de Rómulo Augusto León Alegría, Alberto Quimper Herrera, Alberto Fortunato Marcos Ortega, Roberto Enrique Paredes Chirinos, José María Revilla López, Rogelio Antenor Canches Guzmán, Isabel Paiva Zarate, ONG GRUFIDES, Empresa AMBEV PERÚ, Agroindustria LAREDO, Estudio Quimper & Abogados Asociados, Estudio Jurídico Fernández Concha SCRL (Estudio Fernández-Concha Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada); Alexander Martín Kouri Bumachar, Municipalidad Provincial del Callao y Augusto Osear Rubini Vargas en su calidad de representante de la Empresa TRUPAL;

III.- **NO HABER NULIDAD**, en el extremo de la sentencia, que: **CONDENA a ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO, CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI, GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS, MARTÍN ALBERTO FERNÁNDEZ VIRHUEZ, JESÚS MANUEL OJEDA ANGLÉS y JESÚS JUAN TIRADO SEGUÍN, como autores del delito contra la Tranquilidad Pública-Asociación Ilícita para Delinquir**, en agravio del Estado; como tales se les impone a **ELÍAS MANUEL PONCE FEIJOO y CARLOS ALBERTO TOMASIO DE LAMBARRI**, una pena total de **SIETE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**; a **GISELLE MAYRA GIANNOTTI GRADOS, MARTÍN ALBERTO FERNÁNDEZ VIRHUEZ, y JESÚS MANUEL OJEDA ANGLÉS** se les impone **CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**; y a **JESUS JUAN TIRADO SEGUÍN**, a una pena de **TRES AÑOS DE EJECUCIÓN SUSPENDIDA POR EL TÉRMINO DE DOS AÑOS, BAJO REGLAS DE CONDUCTA**;

IV.- **NO HABER NULIDAD**, en el extremo de la sentencia que: **CONDENA a**

ALBERTO OSWALDO SALAS CORTEZ y **PABLO ERIKS MARTELL ESPINOZA** como cómplices primarios del delito **Contra la Libertad-Violación del Secreto de las Comunicaciones-Interceptación Telefónica** en agravio de Rómulo Augusto León Alegría, Alberto Quimper Herrera, Alberto Fortunato Marcos Ortega, Roberto Enrique Paredes Chirinos, José María Revilla López y Estudio Quimper & Abogados Asociados, imponiéndoles una sanción punitiva de **DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, suspendida en su ejecución por el periodo de un año, bajo reglas de conducta; así como el extremo que **FIJA** por concepto de Reparación Civil, la suma de S/. 20,000 (Veinte mil nuevos soles), que deberán pagar solidariamente los sentenciados por el delito de interceptación telefónica a favor de cada uno de los agraviados y la suma de Doscientos Mil Nuevos Soles que deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado, por el Delito de Asociación Ilícita para Delinquir; así como el extremo que **DISPONE**: La disolución de la Empresa Bussiness Track S.A.C.; y

V.- CORRIGIERON la parte resolutive de la sentencia que ordena remitir las copias pertinentes al Ministerio Público, y **DISPUSIERON** que la Sala de Origen en estricto proceda conforme a lo prescrito por la norma procesal invocada; y los devolvieron; interviniendo el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Salas Arenas.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SANTA MARIA MORILLO

JVS/jnv

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA