



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 699/2021

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de junio de 2021, los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales (con fundamento de voto), Blume Fortini, Ramos Núñez (con fundamento de voto) y Sardón de Taboada, han emitido, en mayoría, la sentencia que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Los magistrados **Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares porque se admita a trámite la demanda de amparo.**

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto y que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de junio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Rosa María Fonseca Li contra la resolución de fojas 100, de 26 de octubre de 2016, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El 26 de setiembre de 2014, Rosa María Fonseca Li interpone demanda de amparo contra el Gobernador del Distrito de Surco, provincia de Lima, Camilo Guerra Trillo, por la presunta afectación de sus derechos a la tutela procesal efectiva; al debido proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley; a la vida; a la integridad moral psíquica y física; a la libertad; a la intimidad; y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Por ello, solicita al emplazado que en el procedimiento administrativo sobre garantías personales que tramita a petición de Luris Portocarrero Tafur y Luís Felipe Battifora Varela en su contra (Expediente 555-2014), se excluya una prueba prohibida consistente en un audio gravado inconstitucional e ilegalmente.

Refiere que el 22 de setiembre de 2014, el emplazado le notificó la denuncia presentada por Luris Portocarrero Tafur y Luís Felipe Battifora Varela, emplazándola para que el concurra a una audiencia programada para el día 24 de setiembre en primera notificación y para el 26, en segunda notificación. Extraoficialmente ha tomado conocimiento que la denuncia presentada en su contra contiene una solicitud de otorgamiento de garantías personales, atribuyéndole supuestos insultos y actos de acoso y seguimientos. En dicha denuncia consta que se gravaron conversaciones telefónicas relacionadas con su esfera personal y con su actividad privada, lo que evidencia la inconstitucional interceptación telefónica.

El 21 de noviembre de 2014 (f. 39), el Procurador Público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio del Interior contesta la demanda, solicitando que aquella sea desestimada, pues para evaluar la incidencia de la prueba prohibida en la situación jurídica de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

demandante, debe evaluarse en abstracto el procedimiento administrativo sobre garantías personales, para verificar si afecta o no el debido proceso. Como dicho procedimiento aún no ha concluido, considera que la demanda interpuesta es prematura.

El 30 de noviembre de 2015, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima (f. 48), declaró improcedente la demanda, por considerar que dicho cuestionamiento debe realizarse al interior del procedimiento administrativo utilizando los mecanismos procesales que establece la norma pertinente; asimismo, refiere que un proceso de garantías no supone implicancia alguna en los derechos alegados.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 26 de octubre de 2016 (f. 100), confirma la apelada, toda vez que en el procedimiento de otorgamiento de garantías cuenta con un procedimiento administrativo específico y especial, donde las personas involucradas pueden cuestionar o hacer valer los medios probatorios que presenten, mientras que la jurisdicción constitucional puede actuar cuando haya terminado o agotado el debate en sede administrativa y frente a una posible vulneración de derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS

1. La recurrente solicita la exclusión de una presunta prueba ilícita, consistente en conversaciones telefónicas grabadas sin su consentimiento y presentadas como prueba en el procedimiento administrativo de otorgamiento de garantías personales seguido en su contra por doña Luris Portocarrero Tafur y don Luis Felipe Battifora Varela —dicha pretensión fue precisada en su recurso de apelación y de agravio constitucional—. Alega que la inclusión de dichas conversaciones en las que fue grabada por una de las denunciantes e interlocutora vulnera su derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones dispuesto en el artículo 2, numeral 10 de la Constitución Política del Perú, pues no hubo mandato judicial de por medio.

El secreto de las comunicaciones en la Constitución

2. La Constitución en el artículo 2, inciso 10, señala lo siguiente:

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

3. En ese sentido, la protección otorgada por la Constitución no condiciona la protección a su contenido, y solo será válida la interceptación que cuente con la respectiva autorización judicial. Pretender lo contrario vía una interpretación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

constitucional, implica desconocer el contenido de la Constitución, así como reformar por la vía de los hechos, la carta fundamental.

4. Ciertamente, una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo, si no ocurre ello, tal grabación es *per se*, inconstitucional, y no puede ser objeto de convalidación.
5. Esta conducta es más grave aún, cuando una conversación es gravada fuera de los supuestos precedentemente señalados y quien realiza la grabación toma conocimiento y difunde hechos que puede afectar la intimidad de cualquiera de los intervinientes en aquella.
6. En principio, la intimidad se encuentra protegida por el artículo 2, inciso 7 de la Constitución, y también puede resultar vulnerada cuando una conversación que se desarrolla en un ambiente en el que existe una expectativa de privacidad (no en una vía pública o como consecuencia de un discurso o debate, sino en un ambiente privado como su domicilio, habitación de un hotel, etc.), o que se desarrolla vinculando únicamente a las personas que intervienen en ella (sea de modo verbal o utilizando herramientas tecnológicas), resulta intervenida o interceptada.
7. Sin embargo, verificar la afectación del derecho a la intimidad no es un requisito para determinar si el secreto de las comunicaciones también ha resultado afectado, pues la vulneración de este último se producirá siempre que se intervenga una conversación o comunicación sin contar con las autorizaciones respectivas. Por ello, no es de recibo apelar al carácter delictivo de algunas conversaciones privadas (o a razones de interés público o de moral pública), para convalidar la interceptación de comunicaciones hechas al margen de la Constitución.
8. La necesidad de la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, impone al legislador ordinario la obligación de regular el procedimiento para su desarrollo, pues tal atribución no puede ser ejercida de modo discrecional por los jueces penales.
9. Ello permite, además, el adecuado control constitucional de la medida dispuesta por el juez, así como de su implementación. Esto es, que se debe verificar no solo si se han cumplido los presupuestos legales para la autorización de las intervenciones, sino que también se debe analizar la legitimidad, necesidad e idoneidad de la medida y establecer mecanismo para evitar el mal uso de la información interceptada (divulgación de información que no está relacionada con la investigación de la que deriva la intervención o que pueda afectar la intimidad de los afectados, entre otras).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

10. En el presente caso, se alega la presunta afectación de un derecho fundamental, no en un procedimiento judicial ya finalizado, sino contra un procedimiento administrativo en trámite, el cual, por el agotamiento de la vía administrativa, podría devenir en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional). Por ello, este Tribunal considera que podría analizarse el fondo de la controversia.
11. No obstante, no se acredita en autos la existencia de la grabación o grabaciones supuestamente intervenidas a la recurrente. Si bien en los actuados se aprecia la denuncia en tal sentido, el análisis de la presunta afectación del derecho invocado no puede ser realizado en abstracto, razón por la que la demanda de autos debe ser desestimada.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto, pues, si bien concordamos con la improcedencia que declara la ponencia, consideramos necesario apartarnos de lo señalado en los fundamentos 4 y 5.

Al respecto este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la tutela del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones “(...) no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. **Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial”. (cfr. Sentencias 00445-2018-HC/TC, fundamento 34; 04715-2015-PHC/TC, fundamento 5).**

Por lo tanto, aclarado lo referido votamos a favor de que se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, si bien concuerdo con que se declare improcedente la demanda, me permito realizar las siguientes observaciones:

1. El fundamento 10 de la ponencia señala que el agotamiento de la vía administrativa podría devenir en irreparable, sin embargo, no expone las razones que justifiquen el punto. De este modo, la improcedencia del presente caso es consecuencia de la falta de agotamiento de la vía previa.
2. De otro lado, el fundamento 11 de la ponencia señala que no está probada la existencia de las grabaciones que se cuestionan en la demanda. No obstante, de la solicitud de garantías, presentada por doña Luris Portocarrero Tafur contra la amparista (folio 8 y ss.), se desprende que esta sostiene haber grabado cinco conversaciones en las que se puede identificar a la recurrente y otra persona (cfr. fundamento 5); grabación que realizó "frente a los constantes insultos y frente a la persecución que esta[ba] sufriendo" (sic). De tal suerte que señalase como medio probatorio que acompañaba la referida petición –entre otros- lo siguiente:
 - 1.C. Sobre cerrado que contiene una de las grabaciones con la voz de la denunciada, la misma que se adjunta para que usted pueda advertir el grado de agresividad con el que estoy siendo atacada. Asimismo, con esta grabación se podrá verificar como es verdad que la denunciada tiene conocimiento de mi paradero y mis movimientos. [Sic]
3. Asimismo, me aparto de lo señalado en los fundamentos 4 y 5 sobre el secreto de las comunicaciones. En efecto, el párrafo 4 de la ponencia señala lo siguiente "...una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo...". La redacción de dicho fundamento es algo equívoca, puesto que lo sostenido por este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia consiste en que la tutela de este derecho no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien me encuentro de acuerdo con que la demanda de amparo sea declarada **IMPROCEDENTE**, considero necesario hacer algunas precisiones.

En el fundamento 4 de la sentencia se señala que: “una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo, si no ocurre ello, tal grabación es *per se*, inconstitucional, y no puede ser objeto de convalidación”. Esta redacción es ambigua ya que, en relación con la protección de este derecho, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

Que la tutela del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones “(...) no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial”. (Fundamento 5, STC 04715-2015-PHC/TC)

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Me adhiero al voto de mi colega magistrado Espinosa-Saldaña Barrera por los fundamentos que en el mencionado voto se expresan. En tal sentido, considero que debe declararse **NULA** la resolución recurrida de fecha 26 de octubre de 2016 y **NULA** la resolución de fecha 30 de noviembre, hasta fojas 25 inclusive y **DISPONER** que se realice una nueva investigación y se emita la resolución que corresponda a la brevedad posible.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas. Ello en mérito a las siguientes consideraciones:

1. Contrariamente a lo señalado por los jueces que conocieron la presente demanda, considero que se ha cometido un manifiesto error de apreciación. En cuanto a lo expresado en primera instancia o grado en el sentido de que la pretensión de la recurrente de invalidar el audio presentado por la recurrente en el procedimiento administrativo sobre garantías personales que se tramita a petición de Luris Portocarrero Tafur y Luís Felipe Battifora Varela en su contra (Expediente 555-2014), por tratarse presuntamente de una prueba prohibida, tiene que hacerlo valer dentro del citado procedimiento administrativo. Al respecto, conviene precisar que el cuestionamiento formulado por la actora es de carácter sustancial y alude a la presunta incorporación de un medio probatorio obtenido vulnerándose el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, reconocido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución.
2. En relación con lo manifestado por la segunda instancia o grado, en el sentido de que la jurisdicción constitucional recién intervendría cuando haya terminado o agotado el debate en sede administrativa y frente a una posible vulneración de derechos fundamentales, cabe anotar que dicho argumento no toma en cuenta que la tutela de derechos fundamentales se produce también en supuestos de amenaza de violación de los mismos, como lo reconoce expresamente el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
3. De otro lado, me aparto de lo señalado en los fundamentos 3 a 7 de la ponencia, por cuanto establece una interpretación restrictiva sobre cuándo se limita el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Ello, por las siguientes razones:

Sobre la prueba prohibida y su excepción

- a) Este Tribunal Constitucional ha reconocido de modo general el concepto de prueba ilícita, asumiendo que “no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico” (Expediente 06712-2005-PHC), y que constituye un principio de la actividad probatoria la licitud del medio probatorio a ser empleado (Expediente 02333-2004-PHC/TC). De modo más específico, este Tribunal Constitucional también ha reconocido que esto implica una exclusión de los medios probatorios que han sido obtenidos violando derechos constitucionales (Expedientes 02053-2003-PHC/TC, 00655-2010-PHC/TC), lo que ha sido denominado por la doctrina de manera mayoritaria como “prueba prohibida”.
- b) La regulación general sobre prueba prohibida se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

señala que “*carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*”. Al respecto, se podría alegar que nuestro sistema ha recogido en materia de prueba prohibida la doctrina del “*Fruto del árbol envenenado*”, consistente en que todas aquellas pruebas obtenidas, inclusive lícitamente, que se basan, derivan o tienen su origen en información o datos conseguidos por una prueba prohibida, no podrán ser admitidas o valoradas.¹

c) Ante ello, la doctrina alemana recurrió al criterio de proporcionalidad para analizar la relación entre el derecho proclamado para impugnar la prueba ilícita y el que se protege al receptor esa prueba.² De manera más matizada, considero que es aplicable para el análisis de la prueba prohibida *el principio de equilibrio y razonabilidad*, que establece lo siguiente:

“(…) en la problemática de la "prueba ilícita" convergen valores, derechos y bienes jurídicos que se encuentran en el mismo grado de jerarquía normativa, por lo que los conflictos que en cada caso concreto se susciten entre sí, para decidir sobre la admisión o exclusión de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, no pueden solucionarse en términos de predominio de alguno sobre los demás, sino en términos de equilibrio y razonabilidad (...) (es decir, fin lícito y proporcionalidad)”.³

El secreto de las comunicaciones como supuesto de prueba prohibida

d) Un supuesto de prueba prohibida reconocido en la Constitución se encuentra establecido en el citado artículo 2 inciso 10 de la Constitución, referido al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Al respecto, en contra de lo señalado por la ponencia, la doctrina ha señalado que la protección brindada en dicho artículo no es absoluta, sino que también debe ser contrastada con los intereses generales que también son protegidos por el ordenamiento jurídico, como ocurre con la prevención y represión de los delitos, que tienen clara trascendencia social.⁴ Recordemos en este aspecto que *la lucha contra la corrupción* es un principio constitucional que, como tal, debe guiar la actuación del Estado, y se orienta a la preservación del correcto funcionamiento de la administración pública, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el desarrollo integral del país (STC Exp. 00016-2019-PI/TC, fundamentos 4 y 10).

e) En esa línea, en el Recurso de Nulidad 4826-2005 LIMA (caso “El Polo II”), la

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima, 2012. p. 120

² PARRA, Jairo. Pruebas ilícitas. p. 41. En: Ius Et Veritas N° 14 (1997).

³ ALARCÓN BUSTAMANTE, Reynaldo. El problema de la "prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. p. 155. En Themis (43)

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima, 2012. p. 128.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República aplicó la *“Teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”* para validar determinados medios probatorios, en el entendido que la infracción cometida para su obtención es de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación (que en dicho caso era el delito de terrorismo).

f) Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el año 2004⁵, se señaló como excepción para admitir una prueba en contravención del derecho al secreto de las telecomunicaciones los casos de confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, lo que ha sido denominado como *“Teoría del Riesgo”*. En este último caso, su validez se justifica en *“(...) el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste”*.

g) Con fecha más reciente, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 2076-2014 LIMA NORTE, declaró que una conversación telefónica grabada y presentada como medio probatorio por uno de los interlocutores de la misma no constituye prueba prohibida:

(i) Tanto porque se trató de una conversación entre dos personas, unas de las cuales era el interlocutor que aceptó efectuar esa llamada –no intervino un tercero ajeno a la conversación, por lo que no exista vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y el contenido de la conversación no era íntimo o privado (...), (ii) tanto porque se está ante un delito de tracto sucesivo (...) por lo que no se indujo al imputado a delinquir (...) (iii) Tratándose de una conversación entre dos personas –un de las cuales aceptó la grabación-, no se necesitaba autorización judicial (...) (iv) No es ilícito, por lo demás, que la autoridad inste a uno de los imputados a tener una conversación con otro de los partícipes en el delito y que esa conversación se grabe (...); (v) A los efectos de la transcripción judicial, no es constitutiva de su eficacia procesal la intervención del defensor (...)

h) De ello se concluye entonces que *“(...) la grabación subrepticia que una persona hace de otra con la que está conversando sobre la comisión de hechos delictivos no constituye ilícito alguno y puede, por ello, ser utilizada como prueba de cargo en un procedimiento penal. Y no lo constituye, en primer lugar, porque con esa grabación no se está vulnerando el secreto de las comunicaciones, ya que este secreto sólo resulta lesionado cuando tiene como sujeto activo a una tercera persona ajena a los que intervienen en la conversación, mientras que no puede ser vulnerado por ninguno de los interlocutores, ya que para ellos la conversación no*

⁵ Disponible en: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

*es ajena ni secreta, sino propia”.*⁶

i) A su turno, en la sentencia recaída en el Expediente 04715-2015-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que la tutela del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones “(...) *no se da cuando uno de los interlocutores registra, capta o graba su propia conversación, o, de ser el caso, autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que registre la misma. Lo constitucionalmente prohibido es la intervención de la comunicación por un tercero, sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial*” (fundamento 5).

4. Como se advierte entonces, en la práctica de los procesos penales como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se establecen restricciones válidas al derecho al secreto de las comunicaciones, fuera del supuesto de que exista una autorización judicial, las que se justifican en el hecho que existen otros bienes y derechos de rango fundamental que también deben ser preservados, en aplicación del principio de *equilibrio y razonabilidad*.
5. En el presente caso, la actora aduce que se ha presentado una grabación de una conversación telefónica sostenida presuntamente con doña Luris Portocarrero Tafur en el procedimiento administrativo en el que ésta solicita garantías ante la Gobernatura de Surco en su contra lo que, a su entender, vulnera su derecho al secreto de las comunicaciones, configurándose además un supuesto de prueba prohibida. Cabe precisar además que, de autos, no se advierte que se haya analizado el contenido del audio cuestionado por la recurrente, lo que evidencia un defecto en la investigación realizada por los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado en el presente proceso.
6. En virtud de lo expresado, y teniendo en cuenta que las resoluciones impugnadas en el presente proceso han sido expedidas incurriendo en un vicio procesal insubsanable que afecta trascendentalmente la decisión de primera y segunda instancia o grado, resulta de aplicación al caso el segundo párrafo del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, el cual a la letra dice: “Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio [...]”. En consecuencia, soy de la opinión que ambas resoluciones deben anularse, a fin de que se amplíe la investigación.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones en las que una persona recoge las manifestaciones de su interlocutor y que acreditan la comisión de hechos delictivos p. 20. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales VOL. LXIX, 2016.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 01019-2017-PA/TC
LIMA
ROSA MARÍA FONSECA LI

Siendo así, considero que en el presente caso se debe:

1. Declarar **NULA** la resolución recurrida de fecha 26 de octubre de 2016 y **NULA** la resolución de fecha 30 de noviembre, hasta fojas 25 inclusive.
2. **DISPONER** que se realice una nueva investigación y se emita la resolución que corresponda a la brevedad posible.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA