

INVESTIGADO : MARCO FERNANDO CERNA BAZÁN
DELITO : COHECHO PASIVO ESPECÍFICO
AGRAVIADO : EL ESTADO
ETAPA PROCESAL : INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
JUEZ SUPREMO : HUGO NÚÑEZ JULCA
ESP. JUDICIAL : JUAN CARLOS CABANILLAS ALBARRÁN

RESOLUCIÓN NÚMERO: **TRES**

Lima, veinticinco de febrero de dos mil veintiuno. -

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS; en audiencia pública, la tutela de derechos presentada por la defensa técnica del indagado MARCO FERNANDO CERNA BAZÁN en la investigación preparatoria seguida en su contra, en calidad de autor de la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – cohecho pasivo específico, en agravio del Estado; y, **CONSIDERANDO:**

§ ARGUMENTOS DE LAS PARTES ASISTENTES A LA AUDIENCIA

Primero: La defensa técnica del procesado Marco Fernando Cerna Bazán, ha sostenido los siguientes argumentos:

- El Ministerio Público ha vulnerado el derecho a la defensa de mi patrocinado.
- El 18 de octubre de 2018, se abrió investigación en contra de mi patrocinado por tres delitos, encubrimiento personal, nombramiento ilegal y cohecho pasivo específico. La imputación fáctica radicaba en que mi patrocinado le habría hecho una solicitud a Cesar Hinojosa Pariachi a fin de contratar a un número de personas como jueces supernumerarios de la Corte Superior de Lima Sur; sin embargo, el 28 de febrero de 2020, el

fiscal Fernández Alarcón emite un informe N.º 07-2020 en donde la defensa conoció por primera vez la metamorfosis de la imputación fáctica, es decir, el cambio de la imputación fáctica sin conocimiento de la defensa técnica, que consistió en que supuestamente con la declaración de Walter Ríos Montalvo mi patrocinado habría tenido un acuerdo con Cesar Hinostroza a fin de poder enseñar en la Academia de la Magistratura y que en el futuro lo ayude a ser juez supremo.

- El Ministerio Público se apoya en este cambio fáctico debido a que, el 12 de febrero de 2020, se realiza el acta de declaración voluntaria a Walter Ríos Montalvo pero de otra investigación con registro de carpeta fiscal 08-2018 y también 207-2018; lo que llama la atención es que este acto e investigación se llevó dentro del periodo del tiempo que utilizó la fiscalía suprema para investigar a mi patrocinado. Asimismo, del informe del 28 de febrero de 2020 queda claro que este acto de investigación proveniente de otras carpetas fiscales se llevó dentro del periodo de nuestra investigación que tiene como registro la carpeta 222-2018.
- La Sala Penal Especial ha mencionado que puede llevarse a cabo algunas situaciones urgentes y necesarias pero que debe exigir la motivación por parte de la Fiscalía Suprema. Así, la declaración de Walter Ríos no puede ser considerada como la declaración de un coimputado y como la de un testigo, llama la atención que no se llamó a la defensa técnica del señor Cerna Bazán para poder cuestionar esta imputación que tiene contenido falso en intereses personales de Walter Ríos. Además, se debe recordar que el artículo 84.4 señala como un deber, un derecho del abogado defensor y del investigado en participar en

todas las diligencias excepto la declaración del imputado que no se defiende, así como también se debe recordar el artículo 71.2 literal c, del Código Procesal Penal, y en razón de ello se observa que se han vulnerado los deberes del abogado.

- Esta acta de declaración voluntaria ha sido valorada por el informe 07-2020 del señor Fernández Alarcón, por la Fiscalía de la Nación en ordenar que se formule la investigación preparatoria y ha sido sustentada para las peticiones de las medidas cautelares, personales y reales ante esta judicatura. Ya existe jurisprudencia de la Sala Penal Especial en donde manifiesta que hay vulneración al derecho de la defensa cuando no se vean actos urgentes y necesarios.

1.1 Al momento de su réplica sostuvo:

- La imparcialidad debe estar presente en el despacho judicial y también en el cumplimiento de las funciones de todos los fiscales del Perú.
- Si hubo un cambio en la calificación, ¿por qué desde octubre de 2018 no se le había imputado que mi patrocinado habría hecho una solicitud a Cesar Hinojosa a cambio de nombrar a una persona?, pero no hubo ninguna irregularidad en este nombramiento porque se investigó por encubrimiento personal, nombramiento indebido del cargo y cohecho pasivo específico, los dos primeros cargos han sido archivados preliminarmente, pero en la calificación jurídica de cohecho pasivo específico sí se han cambiado los hechos.
- Es importante mencionar que es cierto que la defensa técnica conoció este cambio el 03 de marzo y que se acusó recibo el 05 de marzo. Lo que sí ha dicho la defensa es que conoció este

cambio con el informe 07-2020, pero la pregunta es, si al estar dentro de las investigaciones preliminares ¿porque no se dio la oportunidad en ese momento de ejercer la defensa técnica?.

- Se debe decir que se archivaron las investigaciones, lo cual acredita que la imputación fáctica de investigación preliminar no es la misma a los hechos que ahora se investigan como un filtro procesal en la investigación preparatoria que se viene llevando a cabo. En ese sentido se le quiere convocar como testigo para que brinde una testimonial así la defensa pueda hacer uso de la contradicción en la investigación preparatoria, pero si se observa bien, el daño ya se ha producido porque con esta acta sin que se pueda realizar el contradictorio ya se han pedido las medidas cautelares personales y también reales en contra de mi patrocinado.

- Lo que digo se sujeta al Código Procesal Penal, a la doctrina y a la jurisprudencia de la Sala Penal Especial. Asimismo, solicito justicia e imparcialidad.

Segundo: El Fiscal Supremo representante del Ministerio Público señaló los siguientes argumentos:

- La imputación realizada a Cerna Bazán, se circunscribe a que en la formalización de la investigación preparatoria se le imputó el delito de cohecho pasivo específico, al haber recibido una dádiva o promesa por hacer una acción indebida a su función. El artículo 230, del Código Procesal Penal, indica que en las diligencias preliminares lo que se acciona son investigaciones de carácter urgentes e inaplazables. No es cierto que recién toma conocimiento de los hechos y de la declaración de Walter Ríos. El 3 de marzo de 2020, se le notifica al imputado y su abogado

defensor la culminación de los actos de investigación preliminar, por lo que se ofició a la Fiscal de la Nación a fin de autorizar la formalización de la investigación preparatoria, es así que el 4 de marzo el abogado defensor acusa recibo de toda esta documentación, no es que recién tomó conocimiento con la respuesta de la Fiscal de la Nación, sino lo tuvo once meses atrás.

- No se pudo llamar a la declaración de Walter Ríos porque fue en otro proceso, otros imputados, por ello el Ministerio Público desconocía que iba a declarar el señor Walter Ríos en dicha diligencia, donde indicó que Hinostrza Pariachi tenía influencias hasta con el ahora procesado Cerna Bazán y otros jueces. Por ello, el Ministerio Público al conocer este hecho delictivo tiene que investigarlo.

- El fiscal que recibió esa declaración conoció una noticia criminal, la cual puso en conocimiento al fiscal que está investigando el caso de Cerna Bazán. Al procesado se le imputa un hecho que ya venía desde antes en investigación, tras formalizar la investigación, el señor Walter Ríos participa en calidad de testigo, por lo que se le llamará a declarar participará la defensa técnica. No se le ha negado en ningún momento el derecho a la defensa. Por ello se solicita se desestime la tutela de derecho.

2.1 Al momento de su dúplica sostuvo:

- La defensa técnica nos da la razón, al indicar que el Ministerio Público actuó con objetividad, parte de los hechos que se le han sido imputados fueron archivados. Se hicieron los actos de investigación urgentes e inaplazables conforme manda el Código Procesal Penal.

- Lo que pretende la defensa, es que el Ministerio Público cuando conozca una noticia criminal no actúe; es decir, toda denuncia que haga cualquier ciudadano que conoce un hecho criminal.
- No se podría recibir una denuncia de parte porque debemos llamar al abogado del denunciado o involucrado, no es posible eso.
- El señor Walter Ríos Montalvo declaró sin que el Ministerio Público conozca qué hechos va a detallar, los hechos que relató los habría conocido por ser conocido de Hinostroza Pariachi y porque pertenecía a la organización criminal “Cuellos Blancos del Puerto”.
- Se hace una imputación general que se perfecciona durante la investigación preparatoria, que finalmente se traduce en la acusación.

§ DE LA TUTELA DE DERECHOS

Tercero: Es pertinente efectuar las siguientes precisiones:

- El modelo procesal penal vigente incorpora una institución de notable incidencia garantista, como es la “*audiencia de tutela de derechos*”, que encuentra plena legitimidad en un sistema encaminado a reforzar los derechos y garantías que el entramado normativo consagra a lo largo de su listado legal¹. Es decir, el imputado tiene expedida una específica garantía de tutela jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución penal, que no tengan origen

¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal, Cuarta Edición, editorial Instituto Pacífico S.A.C., Febrero – 2016, Lima – Perú, Pág. 273.

jurisdiccional².

- La finalidad esencial es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes, consiste además que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva que ponga fin al agravio.
- Los derechos protegidos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71º del Código Procesal Penal, como son:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.
 - b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.
 - c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor.
 - d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.
 - e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley.
 - f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.
- Asimismo, el numeral 4, del artículo 71, del Código Procesal Penal,

² SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones, editorial INPECCP y CENALES, Primera Edición, noviembre 2015, Lima - Perú, Pág. 238.

establece que “cuando el imputado considera que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria (...)”.

- De la interpretación de la norma en cuestión, advertimos que la tutela del Juzgado de Investigación Preparatoria no se limita a los derechos descritos textualmente en la norma, sino que también comprende otros que guardan relación con aquellos y los derechos fundamentales del imputado que no tienen vía propia, en la etapa procesal pertinente.
- Ahora bien, el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, establece que esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de Investigación Preparatoria; asimismo, **la audiencia de tutela es residual**, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela.
- Siendo así, el objeto de esta garantía procesal abarca tres ámbitos: **a)** El derecho de información de los derechos

legalmente reconocidos –y su concreción en un acta-, previstos en el apartado 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal, **b)** El reconocimiento y efectividad de los derechos legales, que obviamente son aquellos seis fijados en los artículos 71 numeral 2 y 87 del Código Procesal Penal; y, **c)** La imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales.

- A mayor abundamiento, nos remitimos al pronunciamiento de la Sala Penal Especial³, que señala: “(...) es posible, a través de la tutela, controlar una actuación defectuosa del Ministerio Público, incluso una disposición fiscal, cuando resulta manifiesta la vulneración a alguno de los derechos reconocidos a favor del imputado”.

§ ANTECEDENTES

Cuarto: De las documentales adjuntadas por el solicitante, la información recabada en audiencia pública y la revisión de la carpeta fiscal, se tiene que:

- Los hechos materia de investigación fueron de conocimiento del Ministerio Público mediante las notas periodísticas difundidas el 12 de agosto de 2018 en el portal Web del diario “La República”, vinculadas a los audios emitidos en los medios de comunicación, de los cuales se advertían conversaciones entre el Juez Superior Titular Marco Fernando Cerna Bazán, el ex Juez Supremo César Hinojosa Pariachi y las personas de Ida Rocío Jesús Saavedra y Evita Sanyineth Palomino Araujo, que habrían tenido lugar entre los meses de marzo y mayo de 2018, interín en el cual se habría producido una convocatoria para designación de jueces supernumerarios en la CSJ de Lima Sur, donde Cerna Bazán era presidente.

³ Resolución N.º 5, de 10 de diciembre de 2018, expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en el cuaderno de apelación de tutela de derechos de Pedro Pablo Kuczynski Godard (A.V. N.º 19-2018), fundamentos 2.4 y 2.5 del segundo considerando.

- El 29 de agosto de 2018, la Fiscalía Superior Coordinadora Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios direccionó la denuncia que fue interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores del Poder Judicial de Lima, contra Cerna Bazán ante la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, por presunto delito de tráfico de influencias, teniendo como sustento los audios propagados.
- La Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, el 18 de octubre de 2018, dispuso iniciar investigación preliminar por el plazo de 60 días, contra Cerna Bazán, por los presuntos delitos de cohecho pasivo específico, nombramiento ilegal y encubrimiento personal. Y el 11 de diciembre de 2018, la fiscalía antes citada dispuso la acumulación del Caso N.º 766-2018 al 222-2018.
- La investigación preliminar fue ampliada por 60 días con fecha 28 de enero de 2019 y el 05 de marzo de 2019, se declaró compleja la investigación preliminar disponiendo un plazo de 08 meses.
- Con fecha 18 de octubre de 2019, se amplió la investigación preliminar contra el investigado Cerna Bazán por el plazo de 40 días, debiéndose realizar más diligencias.
- Mediante disposición N.º 08, de 28 de febrero de 2020, la Fiscalía Suprema a cargo de la investigación preliminar dispuso: **i)** Declarar el archivo liminar de la denuncia interpuesta contra Marco Fernando Cerna Bazán, por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico, en los extremos de las designaciones como Jueces Supernumerarios de la CSJ de Lima Sur de: Christian Bruno Águila Grados, Jorge Luis Zapata Leyva, Dayan Meishu Atao Huamán, Gianni Eleiser Morales Fernández e

Ida Rocío Jesús Saavedra Araujo, en agravio del Estado; **ii)** Declarar el archivo liminar de la denuncia interpuesta contra Marco Cerna Bazán por la presunta comisión del delito de nombramiento ilegal de funcionario público y encubrimiento personal, en agravio del Estado; y, **iii)** Declarar el archivo liminar de la denuncia interpuesta contra Jorge Luis Zapata Leyva, por el presunto delito de aceptación de nombramiento ilegal, en agravio del Estado.

- Asimismo, la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos emitió el Informe N.º 07-2020-MP-FN-1º FSTEDCFP de 28 de febrero de 2020, opinando que se autorice el ejercicio de la acción penal contra Marco Fernando Cerna Bazán por el presunto delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado -hechos relacionados con la designación de Evita Palomino Araujo como jueza supernumeraria en la CSJ de Lima Sur-.
- Mediante disposición, de 30 de octubre de 2020 recaída en la Carpeta Fiscal N.º 222-2018-Lima Sur, Ingreso N.º 39-2020-, la Fiscalía de la Nación, dispuso **autorizar** el ejercicio de la acción penal contra el abogado Marco Fernando Cerna Bazán, en su actuación como Juez Superior Titular y Presidente de la CSJ de Lima Sur, por la comisión de cohecho pasivo específico -segundo párrafo, del artículo 395 del Código Penal-; ordenando que los actuados sean remitidos al Fiscal Supremo correspondiente para que formalice investigación preparatoria.

§ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Quinto: El abogado defensor del procesado Marco Fernando Cerna Bazán, solicita tutela de derechos, básicamente, porque –según alega- el

acta de declaración voluntaria, de 12 de febrero de 2020, de Walter Ríos Montalvo se realizó como producto de las diligencias en la Carpeta Fiscal N.º 207-2018 y no en la Carpeta N.º 222-2018 que es la que nos ocupa. Sostiene que esta declaración se llevó a cabo durante la etapa de investigación preliminar instaurada en contra de Cerna Bazán, además que la misma no contó con la presencia del abogado defensor del solicitante.

Sexto: La finalidad esencial de la audiencia de tutela es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige como un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos, ante la alegación del investigado, de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en los artículos 71.2 y 84.4, del Código Procesal Penal, responsabilizando al Fiscal. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración del derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio-, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

Sétimo: Si bien, los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si vulneraron derechos

fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71, del Código Procesal Penal, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley⁴.

7.1 Ahora bien, tal como se ha planteado la solicitud de tutela de derechos en el presente caso, corresponde remitirnos al fundamento 17, del Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, según el cual:

*"(...) a través de la audiencia de tutela **se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente** –en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71º NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba – regulado en el artículo 159, del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección". En este extremo corresponde hacer las siguientes precisiones:*

⁴ Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, expedido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 16.

- La prueba ilícita o prohibida puede definirse como aquella obtenida o practicada con vulneración de los derechos fundamentales y admite en ciertos casos reglas de exclusión probatoria con eficacia refleja; en tanto, la prueba irregular es aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio sin afectación nuclear de derechos fundamentales, y sometida en su generalidad, a la nulidad de los actos procesales donde se admite su subsanación y convalidación⁵.
- En el caso concreto de la tutela de derechos a través del Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 se ha extendido el empleo de la tutela de derechos para la exclusión por parte del juez de investigación preparatoria del material probatorio obtenido ilícitamente en salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales, con lo que **el acuerdo solamente ha considerado objeto de tutela a la prueba ilícita o prohibida, y no a la prueba irregular**, ni tampoco al cuestionamiento respecto de la valoración de los elementos de convicción recabados durante la investigación preparatoria que corresponde realizarse en la etapa intermedia.
- La protección de los derechos fundamentales con rechazo a la prueba ilícita se puede extraer del artículo 2, numeral 24, inciso 4) de la Carta Magna, que ha apuntado que carecen de valor las declaraciones obtenidas por medio de la violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura, tratos inhumanos o humillantes, además de otras normas sobre derechos fundamentales que exigen el cumplimiento de ciertos requisitos

⁵ MIRANDA ESTRAMPÉS, Manuel. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones". En: *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, páginas 132-133.

para su restricción; todo ello según algunos procesalistas, bajo la inspiración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 2, numeral 24, inciso e, de la Constitución Política⁶.

- En consideración del Tribunal Constitucional del Perú⁷, la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud. Asimismo, señaló que: “(...) en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, **mas no de los derechos de rango legal o infralegal**”.

Octavo: En el presente caso, en primer lugar, el abogado defensor señala que la imputación contra Marco Cerna Bazán ha sufrido modificaciones desde el momento en que se dispuso el inicio de la investigación preliminar y el pronunciamiento de autorización de la Fiscalía de la Nación. Ante ello, se debe señalar que:

⁶ COÁGUILA VALDIVIA, Jaime. “Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal”, editorial Gaceta Jurídica S.A., primera edición, febrero 2013, Lima-Perú, página 67-68.

⁷ Sentencia de 27 de octubre de 2010, expedida en el expediente N.º 00655-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 7.

8.1 Según la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República⁸, la etapa de Investigación Preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda, la investigación preparatoria propiamente dicha. Dichas sub etapas son distintas porque tienen finalidades y plazos distintos⁹, a pesar que el numeral 2, del artículo 337, del Código Procesal Penal, establece que “*las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria*”. Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables conforme a lo dispuesto por el artículo 330, del Código Procesal Penal, mientras que la investigación preparatoria propiamente dicha tiene como finalidad reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo –véase el artículo 321 del Código Adjetivo-. Asimismo, ambas sub etapas pueden ser objeto de control de plazo, en el caso de las diligencias preliminares –conforme al numeral 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal- y en la investigación preparatoria –conforme al numeral 2 del artículo 343 del Código Procesal Penal-.

8.2 El artículo 329 del Código Procesal Penal señala que: “**1) El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes. 2) La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública**”. (Las negritas y subrayado son nuestros).

8.3 La finalidad principal es efectuar los actos urgentes o inaplazables dirigidos a determinar si han tenido lugar los hechos y

⁸ Auto de casación de 03 de junio de 2008, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N.º 02-2008/La Libertad, fundamento jurídico séptimo.

⁹ Establecido como doctrina jurisprudencial en el auto de casación de 03 de junio de 2008, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.º 02-2008/La Libertad.

si tiene características de delito, así como salvaguardar los elementos materiales de su comisión e individualizar a los partícipes, testigos y agraviados.

8.4 En definitiva, según lo dispuesto en el artículo 330 del Código Procesal Penal, que regula expresamente el desarrollo de las diligencias preliminares, establece que tiene por finalidad inmediata:

- a) Realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto, de conocimiento y su delictuosidad.
- b) Asegurar los elementos materiales de su comisión.
- c) Individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados.

Todo lo cual le permitirá alcanzar su finalidad mediata: *determinar si debe formalizar la investigación preparatoria*. En el caso de los procesos penales especiales, determinar si formula o no denuncia constitucional o si la Fiscalía de la Nación autoriza el procesamiento.

8.5 En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema consideró en la **Casación N.º 318-2011-LIMA**, de 22 de noviembre de 2011, en su fundamento 2.8., destaca los tres fines de las diligencias preliminares:

- i) Realizar actos urgentes sólo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles;
- ii) Asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e
- iii) Individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible.

En consecuencia, en el fundamento 2.9 señala que cualquier otro tipo de diligencia que tuviera una finalidad distinta a las antes

mencionadas constituiría fuera de los parámetros de las diligencias preliminares, pues de ser así, se estaría llevando diligencias propias de una Investigación Preparatoria.

8.6 La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁰, se pronunció de la siguiente manera:

- i. Que, las diligencias preliminares constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, por cuanto **el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación**, y por ende elabore su estrategia acusatoria o desestime la denuncia, cuyo plazo es de breve investigación, **realizada de forma unilateral y reservada**.
- ii. Que, el artículo 330, de la Ley Procesal Penal, establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los **actos urgentes o inaplazables; asegurar** los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.
- iii. Que, el plazo de veinte días le corresponde a la fase de diligencias preliminares; la cual no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada de la *investigación preparatoria*; esto es porque cada una de ellas persigue una finalidad distinta; pues, las diligencias preliminares son para concluir si se formalizada o no denuncia.

8.7 Es importante señalar que, la autonomía institucional atribuida al Ministerio Público responde al nuevo modelo procesal penal

¹⁰ En la sentencia de casación de 26 de abril de 2011, expedida en la Casación N.º 66-2010/Puno, fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto.

asumido, esto es, el acusatorio. En este caso es el Fiscal el titular del ejercicio de la acción penal y director de la investigación. Esto de conformidad con el inciso 4, de artículo 159, de la Constitución Política del Perú. Así también, el Código Procesal Penal le asigna al Fiscal la dirección de la investigación con apoyo de la Policía conforme el artículo 60 y 61.2 del citado cuerpo normativo. Bajo estos parámetros nos apartamos del núcleo del modelo inquisitivo, esto es, la instrucción judicial y las facultades propias del Juez Inquisidor o instructor, y por otro lado, en el Código Procesal Penal el fiscal, conforme a sus facultades y atribuciones, **puede llevar a cabo una investigación preliminar o directamente iniciar investigación preparatoria, no es obligatorio realizar una investigación preliminar**, esto es así porque las diligencias preliminares tienen por objeto, como ya se ha puntualizado, determinados actos urgentes e inaplazables, **considerando que se requiere sospecha inicial simple** y todo ello se circunscribe a la estrategia del fiscal quien determinará el momento en que concluya dicha etapa.

8.8 El Profesor Neyra Flores, conceptualiza esta etapa procesal de la siguiente manera: *“Las diligencias preliminares constituyen la primera sub-etapa, pre-jurisdiccional del proceso, en la cual el Fiscal está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone de una investigación preliminar **encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir la prueba mínima**”¹¹.*

8.9 El Código Procesal Penal de 2004, confiere dos roles concurrentes pero sucesivos al Ministerio Público en cuanto titular

¹¹ NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa, 2010, pp. 287-288.

del ejercicio de la acción penal: **i)** Conductor de la investigación desde su inicio [Tres consecuencias acarrea esta posición institucional: 1) Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: **necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de la investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación, declarar su cierre**, 2) Conseguir autorizaciones judiciales – medidas limitativas de derechos en general-, 3) Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública¹²] y **ii)** Acusador en el juicio oral.

8.10 Por las razones mencionadas, el Fiscal, al ser el conductor de la investigación preparatoria –desde su inicio, incluida la investigación preliminar- y conforme a las atribuciones concedidas por el numeral 2, del artículo 65, del Código Procesal Penal, al tener la noticia de un delito –**los hechos materia de la presente investigación fueron puestos en su conocimiento por los diversos medios de comunicación, específicamente por las publicaciones del Portal del Diario “La República”**– dispuso abrir investigación preliminar [Las diligencias preliminares es una fase pre-jurisdiccional, porque se encuentra en el contexto que el Fiscal ya conoció la noticia criminal, pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria. En ella se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito –sea de oficio o por la parte denunciante- tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal. Que, además, la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de establecer: **i)** Si el hecho denunciado es delito, **ii)** Si se ha individualizado a su presunto autor; y, **iii)** Si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Las diligencias

¹² SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones, Noviembre 2015, primera edición, editores INPECCP y CENALES, página 208.

preliminares son importantes en tanto **aseguran el cuerpo del delito**, esto es, los elementos de prueba que por **su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles**, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal¹³]. Concluida la misma, la Fiscalía de la Nación arribará a la conclusión de que la noticia criminal tiene verosimilitud y existe elementos indiciarios suficientes para continuar con la persecución de los presuntos delitos y autores, o caso contrario archiva la misma.

8.11 Tal como señaló el Tribunal Constitucional¹⁴, *“La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías (...) Principio de interdicción de la arbitrariedad. (...). El grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y, c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Principio de legalidad en la función constitucional. (...). El fiscal actúa como **defensor de la legalidad y representante de la causa pública** en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley. Debido Proceso y tutela jurisdiccional. (...) el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (...). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la*

¹³ Casación N.º 14-2010/La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente, en ALVA MONGE, Pedro J.; y, SÁNCHEZ TORRES, Alexander G. Las casaciones penales en el Perú, Jurista Editores, Lima 2015, tomo I, página 631.

¹⁴ Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC, Lima, fundamento 3.

investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines". Es decir, a pesar de que las decisiones del Fiscal sean emitidas conforme a sus atribuciones, pueden ser revisadas, para determinar afectación de los derechos fundamentales del investigado.

8.12 La Sala Penal Especial¹⁵, señaló que: *"(...) es pertinente dejar claro que las disposiciones fiscales pueden ser objeto de control por el órgano judicial competente del Poder Judicial, siempre que puedan ser sujetas de subsanación, corrección o aplicación de protección, vía tutela de derechos, que no es el caso; o, si vulnerar algún derecho constitucional (ver numeral 1.4 del SN) en vía de incidente de nulidad, que no cabe por la excepción legalmente señalada".*

8.13 A mayor abundamiento, en el fundamento tercero, del Recurso de Casación N.º 1-2011- Piura, de 08 de marzo de 2012, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República, señala:

*"(...) se encuentra establecido que la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, plena facultad de persecución de los delitos y el deber de la carga de la prueba, para lo cual **asume la conducción de la investigación desde su inicio**. Precisándose que en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos, siendo que una vez realizadas las diligencias iniciales o preliminares de investigación, **y si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que el fiscal realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito**, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, emitirá la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, lo cual*

¹⁵ Auto de apelación, resolución N.º 5, de 11 de abril de 2019, expedido en el expediente N.º 20-2018-2-5001-JS-PE-01/cuaderno de apelación de tutela de derechos, caso Pedro Pablo Kuczynski Godard, fundamento 2.15 del segundo considerando.

le deberá comunicar al Juez de la investigación Preparatoria, conforme al artículo tres del Código Proceso Penal".

8.14 En buena cuenta, el Ministerio Público tiene el poder de la persecución penal y de la investigación de los involucrados en delitos. Nadie puede arrogarse dicha función porque usurparía funciones de la fiscalía. La excepción es cuando se trata de delitos de acción privada, ya que aquí es el ofendido quien también cumple el rol de acusador¹⁶. Cabe precisar que, el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

8.15 Por lo tanto, como se ha señalado en los párrafos precedentes, la etapa de la investigación preliminar tiene una finalidad definida; además de ello, debe entenderse que tras recibir una denuncia de parte o tomar conocimiento de una noticia criminal el Ministerio Público dispone abrir investigación preliminar con una imputación general, acorde a la información que brinda esa noticia criminal; dicha imputación no es absoluta, pues como sucede muchas veces, a medida que se realizan las diligencias ordenadas, la tipificación de la presunta conducta delictiva puede ir readecuándose a otro tipo penal, lo cual deberá ser advertido por el Fiscal a cargo de la investigación. En el presente caso, las diligencias preliminares se iniciaron contra Marco Cerna Bazán por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico, que se ha mantenido hasta el final de

¹⁶ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo I.* Lima. Ed. Gaceta Jurídica –Primera Edición 2015, página 107.

dicho estadio procesal y por lo cual ha sido autorizado el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía de la Nación, lo que ha sufrido ampliaciones más no modificaciones son los datos del hecho fáctico imputado al Juez Superior Marco Cerna Bazán, esto no es una afectación de su derecho de defensa, pues ello ha sido producto de la investigación fiscal que casualmente tiene por propósito la averiguación de la verdad y obtener datos sobre los hechos incriminados.

Noveno: El derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso; este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, referido al patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo¹⁷. Así, este **derecho se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente**. Este derecho fundamental se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la Ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección quien debe informarse de los cargos, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2011, emitida en el expediente N.º 00910-2011-PHC/TC/Huánuco.

ley le permite en igualdad de condiciones¹⁸. El derecho de defensa en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el artículo IX de su título preliminar.

9.1 De otro lado, el derecho de contradicción se deriva del derecho de defensa, que hace alusión al derecho a conocer de la acusación formulada –en este caso la imputación inicial pues el abogado sostiene que en la investigación preliminar se vulneró su derecho de no estar presente en la declaración de Walter Ríos Montalvo- a efectos de hacer uso de la correspondiente contradicción como ejercicio paralelo a la acción. En efecto, el derecho de contradicción, supone en primer término, la cognición sobre la amplitud de la imputación delictiva. No existe posibilidad de ejercer una debida contradicción, si previamente no se cuenta con los instrumentos que la hacen viable, los fundamentos en que se basa la incriminación. Tener conocimiento de lo que se atribuye es esencial para poder plantear de la mejor manera la estrategia de defensa, sino se sabe de la acusación no podrá responderse coherentemente. Por consiguiente, al imputado se le deberá correr traslado de todas las diligencias y resoluciones que acontezcan en el transcurso desarrollativo del proceso penal. Es un derecho esencial conocer sobre la naturaleza de los hechos imputados, de sus implicancias y de sus efectos, en razón de ejercer eficazmente el derecho de defensa que se expresará en la posibilidad de refutar y de desvirtuar las pruebas de cargo destinadas a desbaratar el sustento de la acusación formulada –en este caso términos de la imputación inicial requerida para dicho momento- por el ente pretensor¹⁹.

9.2 El derecho de defensa del imputado alcanza el ámbito extraprocesal, es decir, desde el conocimiento de la noticia criminal y

¹⁸ Casación N.º 413-2014/Lambayeque, publicada en el Diario “El Peruano”, de 22 de julio de 2015.

¹⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Ediciones Legales, Lima – Perú, 2013, páginas 157-158.

hasta el final del proceso, surge entonces la necesidad de ser informado de los cargos que se formulen en su contra, así como de los elementos de cargo con los que se cuenten. Así, la doctrina mayoritaria reconoce como garantía del derecho de defensa no sólo el ser informado de la acusación, sino propiamente el de la imputación. El derecho a ser informado de la imputación se proyecta respecto del hecho punible del que se le considera autor con todas sus circunstancias y de los derechos que se le asisten. Es decir, el sujeto pasivo o imputado tiene derecho a que se le comuniquen los cargos materia del cual se le investiga como presunto autor desde el inicio de las investigaciones o desde que se entera de ellas; así como se le informen sus derechos al cabo de todas las diligencias que se realicen, esto es, que tiene derecho a guardar silencio, a contar con un abogado defensor, etc. En resumen, el derecho a ser informado de todos los cargos que se imputan, es un presupuesto necesario para hacer efectivo un derecho de defensa, pues si el imputado desconoce los cargos que se le imputan no puede enfrentarse a ellos, no puede luchar contra fantasmas, es por ello que es preciso que desde el más prematuro inicio del proceso se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra para que pueda dirigir su defensa en ese sentido²⁰.

9.3 En ese contexto, ante el argumento central del abogado de señalar que no estuvo presente en la diligencia de declaración de Walter Ríos Montalvo, debemos precisar que, el Acta de Declaración Voluntaria del 12 de febrero de 2020 **-véase folios 2837 de la Carpeta Fiscal-** es una diligencia producida como parte de los actos de investigación dispuestos en la Carpeta Fiscal N.º 207-2018; en tal diligencia, el investigado Walter Ríos Montalvo solicita de forma espontánea que se le

²⁰ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral, IDEMSA, Lima-Perú, julio 2010, páginas 199-200.

recabe su declaración entorno a la investigación seguida en la Carpeta Fiscal N.º 08-2018 manifestando lo siguiente:

“Que, en relación a mi declaración recibida el 11.12.2019, respecto a la parte final en la cual señalo que las manifestaciones de poder de César Hinostrza Pariachi como líder de la organización era del más alto nivel y recorría no sólo la Corte Superior de Justicia del Callao sino también la Corte Superior de Justicia de Lima Sur quiero señalar lo siguiente: *en cuanto a la (...) de Lima Sur las relaciones de César Hinostrza se materializaban con Marco Cerna Bazán, principalmente, y con Pedro Cartolín Pastor, de la siguiente manera: Marco Cerna Bazán buscaba de César Hinostrza una ventaja o beneficio, la misma que se materializaba hasta en tres ámbitos, primero, quería ser profesor en la Academia de la Magistratura -AMAG-, aprovechando que al 27.03.2018 César Hinostrza, (...) era directivo de la AMAG es por ello que en el Registro de la Comunicación N.º 201, de fecha 27.03.2018, yo le digo a César Hinostrza que Marco Cerna lo buscaba siempre con la intención de pedirle algo, y que por ello debería de tener mucho cuidado (...)*”. Y siguió relatando detalles pormenorizados de los hechos materia de investigación en relación al nombramiento como jueza supernumeraria de Edita Palomino Araujo, así como la estrecha amistad que tenía Cerna Bazán con Orlando Velásquez Benites. Así también señaló: “*(...) el Dr. Pedro Cartolín Pastor actual Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema, es muy amigo de Marco Cerna Bazán tanto así que entre ambos han presidido la Corte Superior de Justicia de Lima Sur durante seis años (...); Marco Cerna Bazán apoyó decididamente con sus influencias en el CNM a fin de que el señor Pedro Cartolín Pastor llegue a ser designado Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República siendo el objetivo final que logre la titularidad en dicho alto cargo (...), el tercer ámbito se circunscribe al hecho que Marco Cerna, también quería acceder a la Corte Suprema justamente esa era un extremo de la solicitud de ventaja o beneficio que Marco Cerna también le pidió a César Hinostrza a fin de cumplir con su pedido de designar a la jueza supernumeraria antes indicada*”.

9.4 Como se advierte, la declaración del señor Walter Ríos Montalvo es

producto de actuaciones dispuestas y realizadas en otra investigación, de tal manera que, en primer lugar, la pretensión del abogado defensor de Marco Cerna Bazán de procurar estar presente en dicha diligencia no es de recibo por este despacho judicial, pues hay que entender que la declaración por un lado fue a propósito de otra investigación, y de otro lado, ésta fue de forma espontánea, de tal manera que la Fiscal Adjunta Provincial a cargo de la declaración no tenía conocimiento de lo que pretendía declarar el señor Walter Ríos Montalvo. Asimismo, la información vertida por éste, constituyen más datos relacionados a la investigación en curso contra Marco Cerna Bazán.

9.5 En caso que la declaración espontánea de Walter Ríos Montalvo se haya programado y realizado en el marco de las diligencias programadas dentro de la investigación preliminar del presente proceso y no se haya notificado debidamente al investigado o a su abogado defensor para su participación, es claro que existiría una afectación al derecho que reclama, pero ello no ha ocurrido en el presente caso. Ahora bien, tal como señaló el Fiscal Supremo en audiencia pública, el señor Walter Ríos está comprendido como testigo en la presente investigación preparatoria, es decir, se realizará diligencias dirigidas a recabar su declaración, diligencias en las que el abogado defensor de Cerna Bazán tiene el derecho incólume de participar en las mismas y ejercer el derecho de defensa y contradicción que la ley le provee. Aunado a ello, de la revisión de la carpeta fiscal, no se aprecia que dicha diligencia -declaración de Walter Ríos- hayan sido programadas con anticipación a través de una providencia fiscal que requiera notificación a la defensa técnica, pues como se ha señalado, ha sido realizada en otra carpeta fiscal.

9.6 Ahora bien, conforme a la etapa en que según el abogado de la

defensa se produjo la afectación del derecho (investigación preliminar), cabe precisar que, las diligencias en etapa preliminar no tienen carácter probatorio sino –principalmente- el de asegurar la evidencia para posteriormente –luego de realizar las pericias que disponga el Ministerio Público o las solicitadas por la defensa técnica- determinar las circunstancias que posibiliten investigar, acusar o archivar, en el presente caso ha permitido la formalización y continuación de la investigación preparatoria; toda vez que, según el artículo 325 del Código Procesal Penal las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia, salvo que tengan carácter de prueba anticipada o se traten de actuaciones objetivas irreproducibles cuya lectura en el juicio oral se encuentra autorizada por el Código Procesal Penal –que no es el caso-.

9.7 A mayor abundamiento, de conformidad con el artículo 164 del Código Procesal Penal, el testigo, puede ser **citado** –en el modo y forma establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal- o **presentarse espontáneamente**. En el primer caso, debe existir una programación previa a través de una disposición o providencia –según sea el caso- emitida por el representante del Ministerio Público, la misma que es notificada a las partes conforme a Ley; en el último caso, **por su propia naturaleza –espontaneidad- depende de la voluntad del propio declarante** para apersonarse al despacho fiscal –en este caso precisó que deseaba declarar cuando fueron a recabar una declaración en otra investigación fiscal, considerando que Walter Ríos Montalvo se encuentra privado de su libertad- y el interés del fiscal como director de la investigación –conforme a su estrategia en la investigación en curso-. En caso de una declaración testimonial espontánea, **la norma procesal solo exige que tal circunstancia se haga constar en el acta respectiva**, lo

que efectivamente se constata en autos.

9.8 Entonces, se recibió la declaración de Walter Ríos Montalvo ante la manifestación voluntaria y espontánea del testigo de querer declarar, tal como regula el Código Procesal Penal y a efectos de garantizar el derecho de defensa del investigado Cerna Bazán, fue puesta en conocimiento de su defensa técnica –lo que se infiere del hecho que la misma parte solicita tutela de derechos haciendo referencia a dicha diligencia, de cual solicita su nulidad-.

9.9 Es pertinente recalcar sobre la etapa procesal en la que nos encontramos (investigación preparatoria), en comparación con la etapa de investigación preliminar, tiene finalidades distintas y durante su desarrollo, tanto el imputado como los demás intervinientes, **pueden solicitar -al Fiscal- todas aquellas diligencias que consideran pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos –numeral 4, del artículo 337, del Código Procesal Penal-** siempre que estén acordes a los fines de la etapa procesal en que se encuentre, previo pronunciamiento del propio Fiscal –incluso ante el rechazo puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria-. Siendo así, la defensa técnica, teniendo conocimiento de la declaración de Walter Ríos Montalvo, puede solicitar –de ser el caso- diligencias de investigación al respecto; siendo así no se aprecia vulneración al derecho de defensa del procesado Marco Fernando Cerna Bazán, en la diligencia de declaración voluntaria de Walter Ríos Montalvo.

9.10 De igual modo, debe resaltarse que la declaración a la que se hace mención y que es objeto de revisión en esta tutela de derechos, ha sido un acto de investigación más frente a todos los recabados por el Ministerio Público en la investigación preliminar desplegada, es decir, la declaración de Walter Ríos de manera aislada no hubiera podido dar lugar a la decisión del Fiscal Supremo de formalizar y continuar con la investigación preparatoria, esto ha sucedido, porque a criterio de este

despacho supremo, además de dicha declaración concurren graves y fundados elementos de convicción que acreditarían la materialidad del delito materia de investigación y la vinculación del procesado Marco Fernando Cerna Bazán, y precisamente ello sirvió de fundamento para que el Ministerio Público requiera las medidas coercitivas que fueron dispuestas por este órgano jurisdiccional.

Décimo: De la revisión de los actuados y las alegaciones de las partes en audiencia pública, se concluye que la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos procedió conforme a sus atribuciones y facultades constitucionales, sin que se advierta alguna vulneración a los derechos del investigado Marco Fernando Cerna Bazán, que habilite la intervención del Juez de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. En la diligencia de declaración voluntaria de Walter Benigno Ríos Montalvo, el representante del Ministerio Público, procedió conforme a sus atribuciones, las normas procesales y la finalidad de las diligencias preliminares, para recepcionar la información y datos proporcionados voluntariamente por el testigo Ríos Montalvo y de esta forma poder esclarecer los hechos objeto de investigación. Asimismo, siendo su pretensión la nulidad de una de las diligencias fiscales [sin que se haya sustentado en alguna de las causales establecidas en el artículo 150 del Código Procesal], presumiendo que se refiere a la causal de *“inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”*, tal como se ha desarrollado a lo largo de la presente resolución, no existe vulneración del *derecho de defensa* porque la norma prevé que ante el apersonamiento espontáneo de un testigo, el Fiscal como director de la investigación debía atender a dicha testigo y recibir la evidencia proporcionada -en este caso información detallada que habría sido corroborada con demás

elementos de convicción-. Por tanto, no se presenta el supuesto de exclusión de material probatorio. Por tales razones, la tutela de derechos solicitada deviene en infundada.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara:

- I. **INFUNDADA** la tutela de derechos, solicitada por la defensa técnica de MARCO FERNANDO CERNA BAZÁN en la investigación preparatoria seguida en su contra, en calidad de autor de la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública – cohecho pasivo específico, en agravio del Estado;
- II. **NOTIFÍQUESE** conforme a Ley.

HN/jjcn