



**Sumilla. Tutela de derechos: Participación de la defensa técnica en declaraciones de testigos e imputados.**

El derecho-deber del abogado defensor, de interrogar a los testigos (artículo 84.2 del CPP) y de participar en todas las diligencias, no es absoluto. Existen supuestos excepcionales que facultan a que, en la investigación, se puedan realizar actos urgentes e imprescindibles (artículo 67 del CPP), como declaraciones que, por su naturaleza, no permiten esperar la presencia de la defensa de los investigados (artículo 68.1.f del CPP). Por esa razón, en el inciso 3 de este último artículo, se establece como garantía que "El imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas".

Lo expuesto no significa que el fiscal o la policía, en forma indiscriminada, puedan recibir declaraciones cuando quieran, por sí y ante sí, sin citar a la defensa —para efectos de su participación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84—, sino que, solo podrán hacerlo en el contexto de una diligencia urgente e imprescindible que, según lo exija la peculiaridad de la situación, debe ser calificada y motivada.

Si una persona considerada testigo, tiene paralelamente la situación jurídica de imputada en un proceso conexo (por los mismos hechos, conforme lo acotó la propia defensa en audiencia), la participación de la defensa técnica en su declaración, no es posible, pues, se trata de una testigo impropia (artículo 84.4 del CPP).

En consecuencia, no son atendibles los agravios formulados por el apelante.

## AUTO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN N.º 3



Firmado digitalmente por LINARES  
SAN ROMÁN Juan Jose FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 22:14:37 -05:00

Lima, veintiocho de diciembre de dos mil veinte

**AUTOS, VISTOS Y OÍDOS:** En audiencia pública, el recurso de apelación formulado por la defensa técnica del investigado **Héctor Virgilio Becerril Rodríguez** (folios 128-151), en la causa que se le sigue por la presunta



Firmado digitalmente por NEYRA  
FLORES Jose Antonio FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 20:51:18 -05:00

1



Firmado digitalmente por GUERRERO  
LOPEZ Ivan Salomon FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 21:30:48 -05:00



comisión del delito de tráfico de influencias agravado, cohecho pasivo impropio y organización criminal, en agravio del Estado.

Interviene como ponente en la decisión el señor **GUERRERO LÓPEZ**, juez de la Corte Suprema de Justicia de la República, integrante de la Sala Penal Especial (en adelante, SPE).

## **I. DECISIÓN CUESTIONADA**

La Resolución N.º 2, del 7 de octubre de 2020 (folios 89-123), emitida por el señor juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (en adelante, JSIP), que declaró infundada la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado Becerril Rodríguez.

## **II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO Y PRETENSIÓN IMPUGNATORIA**

La citada defensa técnica pretende que se revoque la resolución materia de impugnación y se declare, como medida de corrección, la nulidad absoluta de la declaración de la testigo Mirtha Cristina Gonzáles Yep. Sus agravios se sintetizan en los siguientes argumentos:

- i) El 18 de febrero de 2019, se dictó la disposición fiscal que abrió diligencias preliminares de investigación contra Becerril Rodríguez, debido a la denuncia realizada a través del programa periodístico *Cuarto Poder* acerca de un supuesto cohecho pasivo entregado por Mirtha Cristina Gonzáles Yep, supuestamente, en retribución de una intervención favorable a la empresa representada por dicha persona.
- ii) El 8 de marzo de 2019, Gonzáles Yep acudió al despacho fiscal para rendir su declaración, la cual fue tomada por el representante del Ministerio Público sin que cumpliera con convocar a la defensa del investigado para que ejerciera los derechos que la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) le reconocen.
- iii) El 13 de agosto, dedujo la nulidad de dicho acto de investigación porque se llevó a cabo sin convocar a la defensa, pero el 17 de agosto el Ministerio Público declaró no ha lugar a la nulidad deducida.
- iv) Se vulneró su derecho a la defensa, prevista en el artículo 139.14 de la Constitución Política del Estado, en el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y según lo señalado por la Corte IDH en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú (fundamento 154).



- v) Se indicó que la declaración de Gonzáles Yep se encontraba arreglada a ley porque consta la espontaneidad de su presentación. El derecho de defensa atiende a que el abogado defensor participe en todas las diligencias a excepción de la declaración prestada durante la investigación del imputado que no defienda. Se interpretó incorrectamente el artículo 164.2 del CPP al privarle del derecho a la defensa y al derecho a interrogar testigos, previstos en los incisos 2 y 4 del artículo 84 del CPP; por tanto, se resolvió erróneamente.
- vi) Se vulneró su derecho a la prueba, consignado en el artículo 164.2 del CPP, porque se encuentra dentro de este el derecho de toda parte a controlar que los actos probatorios sean adecuadamente actuados.
- vii) Se rechazó la tutela porque se sostuvo que la declaración brindada en etapa preliminar de la investigación no tiene carácter probatorio; sin embargo, actualmente, tiene orden de impedimento de salida del país dictada por el JSIP, en cuya Resolución N.º 14-2020-1 valoró la declaración de Gonzáles Yep del 8 de marzo de 2019 y, no obstante, ahora refiere que no tiene carácter probatorio.
- viii) Se ha diferenciado entre elementos de convicción y medios de prueba, pero ambas categorías comparten la finalidad de acreditar hechos, pues solo se diferencian en la etapa de recaudación y grado de convicción que generan. Los elementos de convicción se recaudan en la fase de investigación y sustentan convicciones provisionales para la adopción de decisiones intermedias, de orden provisional o preventivo; mientras que los medios de prueba se producen en el juicio oral y sustentan convicciones definitivas que determinan la decisión final del proceso. Ambas categorías han sido homologadas como elementos probatorios, de acuerdo a los términos consignados en los artículos 161, 297, 313 y 313-A del CPP.
- ix) Si bien es cierto, la valoración del testimonio rendido por la señora Gonzáles Yep se presentará en un probable juicio oral, no es menos cierto que en la etapa de investigación el JSIP está facultado a valorar esa misma declaración como elemento de convicción y, con base en ella, restringir uno o más derechos fundamentales; por tanto, es imperativo asegurar el control de su producción por parte de la defensa.
- x) El régimen de la nulidad de los actos procesales se encuentra regulado en los artículos 149 al 154 del CPP. El JSIP pretende que se convalide el defecto absoluto. Invocó el artículo 150.d del CPP por la existencia de





defectos absolutos que viciaban de nulidad la declaración testimonial de Mirtha Gonzáles Yep debido a la inobservancia del contenido esencial de los derechos previstos en la Constitución, el debido proceso, defensa y prueba. El JSIP convalidó un caso de defectos absolutos, conforme al artículo 152.1 del CPP que no puede ser objeto de convalidación en NINGÚN caso.

- xi) El JSIP aplicó supletoriamente el artículo 171 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) que refiere: "Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo". No obstante, el JSIP debió analizar la compatibilidad de la regla contenida en el artículo 171 del CPC en relación con el régimen de nulidad previsto en el CPP. En este caso, era necesario determinar la incompatibilidad entre ambos supuestos normativos porque el proceso civil no distingue de nulidades absolutas y relativas ni excluye la convalidación de defectos absolutos como sí sucede en el proceso penal.

### **III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES DURANTE LA AUDIENCIA**

El 9 de diciembre de 2020 se realizó la audiencia de apelación<sup>1</sup>. Las partes reiteraron, básicamente, sus argumentos vertidos en primera instancia, con los siguientes aspectos relevantes complementarios:

#### **3.1 Representante del Ministerio Público**

El Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CIJ-116 (fundamento 14) indica que la tutela es residual, el artículo 71.2 que regula la anulación en todas las diligencias que requieran su presencia exige que esta sea obligatoria. Este supuesto no se presenta en el caso, puesto que es una diligencia que no requiere de la presencia obligatoria del investigado. La declaración de un testigo en diligencias preliminares se puede realizar con o sin participación de la defensa.

La defensa tuvo acceso a la carpeta fiscal antes y después de la declaración de la testigo Gonzáles Yep, también solicitó actuación de diligencias, pero no pidió ampliación de la declaración de la testigo. Son inacciones de la propia defensa.

No se puede hablar de prueba en diligencias preliminares. Tampoco se ha vulnerado su derecho al contrainterrogatorio. Todos los derechos pueden ser

<sup>1</sup> Realizada en forma virtual a través de la plataforma Google Hangouts Meet, debido al estado de emergencia y medidas impuestas por la Presidencia del Consejo de Ministros y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial por el brote del COVID-19.



**CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**



Firmado digitalmente por NEYRA  
FLORES José Antonio FAJ  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 20:53:58 -05:00

**SALA PENAL ESPECIAL  
EXPEDIENTE  
N.º 14-2020-2**

limitados. La SPE determinó, en el Exp. N.º 05-2020, que la falta de notificación no vulnera el derecho de defensa.

La declaración de la testigo fue espontánea; se presentó de forma repentina. No solo se recibió el dicho de la testigo, sino que esta presentó boletas y documentación importante que corroboraban sus declaraciones, precisamente por ello la toma de su declaración era urgente.

### **3.2 Defensa técnica**

No cuestionó la notificación de la declaración de la testigo Gonzáles Yep sino por qué no se le comunicó la presentación espontánea de la testigo para que pueda participar en la declaración.

Se indicó que la declaración de Gonzáles Yep no es una prueba. Sin embargo, en el CPP hay un género (elementos probatorios) y de la lectura de los artículos 161, 247, 313, 313-A se deriva en que es aplicable sostener que son elementos probatorios los producidos en las diligencias, los que se recaban y los elementos de prueba que se realiza en el contradictorio.

Tiene derecho a participar en todas las diligencias, al derecho a la prueba y al control de la producción del acto probatorio y al contrainterrogatorio. Tiene derecho a preguntarle a un testigo durante la investigación y en cualquier etapa del proceso.

La declaración espontánea no deroga el derecho a su participación durante la diligencia de declaración de testigo. El derecho de defensa, a la prueba y a la confrontación facultan a contrainterrogarla.

La nulidad absoluta establece que no es convalidable el acto defectuoso de la ausencia de la defensa del investigado en la declaración de testigo (151.1). No existe límite de la participación de la defensa. Tampoco es cierto que, dada la participación activa de la defensa, esta haya consentida o se haya validado el acto en cuestión.

Al momento de su concurrencia, debió haberle llamado al menos telefónicamente a la defensa. La violación a los derechos del imputado acarrea la nulidad absoluta. Las garantías judiciales se extienden a todas las etapas del proceso judicial. Es un defecto absoluto que se piense que la defensa no deba participar.

La señora Gonzáles Yep está siendo procesada ante la Corte de Lambayeque, cuando presta la declaración tenía una investigación abierta en el proceso en otro caso, pero por los mismos hechos.



Firmado digitalmente por GUERRERO  
LOPEZ Ivan Salomón FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 21:33:07 -05:00



Firmado digitalmente por LINARES  
SAN ROMÁN Juan Jose FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 22:17:33 -05:00



#### **IV. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante, SN)**

##### **§. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO**

**4.1** Los incisos 3 y 14 del artículo 139 prevén, sobre el derecho de defensa, lo siguiente:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

##### **§. CÓDIGO PENAL (EN ADELANTE, CP)**

**4.2** El artículo 317 regula el delito de organización criminal:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

(...)

**4.3** El artículo 394 prevé, sobre el delito de cohecho pasivo impropio, lo siguiente:

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

**4.4** El artículo 400<sup>2</sup> tipifica el delito de tráfico de influencias del siguiente modo:

<sup>2</sup> Texto SEGÚN modificatoria realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016.



El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

## §. CÓDIGO PROCESAL PENAL

**4.5** El artículo IV del Título Preliminar refiere, sobre el titular de la acción penal, lo siguiente:

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.
  2. 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.
- [...].

**4.6** El artículo IX del Título Preliminar, respecto al derecho de defensa, regula:

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
- [...]

**4.7** El artículo 65 prevé, sobre la investigación, que:

1. El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. Con la finalidad de garantizar la mayor eficacia en la lucha contra el delito, el Ministerio Público y la Policía Nacional deben cooperar y actuar de forma conjunta y coordinada, debiendo diseñar protocolos de actuación, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 69 y 333.
- [...]
4. El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordina con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. La Policía Nacional brinda sus recomendaciones a tal efecto. Garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.



**4.8** El artículo 71.4 establece, como vía para hacer respetar las garantías esenciales y los derechos fundamentales, que:

Cuando el imputado considere 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 para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

**4.9** Los supuestos fácticos concretos para recurrir a la audiencia de tutela se encuentran contemplados en los incisos 1 y 2 del citado artículo 71:

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
  2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
    - 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; y 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.
- [...].

**4.10** El artículo 84 prevé, sobre los derechos y deberes del abogado defensor que:

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

[...]

**2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.**

[...]

**4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.**

[...] [Resaltado agregado]

**4.11** El artículo 150 regula, en cuanto a la nulidad absoluta, que:

No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

**a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;**

[...] [Resaltado agregado]





**4.12** El artículo 164 prevé, en cuanto a la presencia de testigos para sus declaraciones, lo siguiente:

1. La citación del testigo se efectuará de conformidad con el artículo 129. Cuando se trata de funcionarios públicos o de dependientes, el superior jerárquico o el empleador, según el caso, están en la obligación de facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del testigo en el día y hora en que es citado.
- 2. El testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.**
3. Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública. [Resaltado agregado]

**4.13** El artículo 321 establece, sobre la finalidad de la investigación preparatoria, que:

1. [...] persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

**4.14** El artículo 325 refiere, respecto al carácter de las actuaciones de la investigación:

Las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.

**4.15** En cuanto a las formas de iniciar la investigación, el artículo 329 refiere:

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.

**4.16** El artículo 330, en cuanto a las diligencias preliminares, precisa:

1. El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria.
- 2. Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.**
3. El Fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito. [Resaltado agregado].

**4.17** El artículo 337 prevé, sobre las diligencias en la investigación preparatoria, que:



1. El Fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.
2. Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.
3. El Fiscal puede:
  - a) Disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas y los peritos están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva; b) Exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias del caso.
4. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.
5. Si el Fiscal rechazare la solicitud, se instará al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal.

**4.18** El artículo 344.1 refiere, sobre la etapa intermedia, losiguiente:

Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa [...].

**4.19** El artículo 356.1 regula, sobre el juzgamiento, que:

El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

**4.20** El artículo 383, inciso 1, literal d), establece que solo podrán incorporados al juicio "Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes [...]".

**4.21** El artículo 409, incisos 1 y 2, prevé, sobre la competencia del Tribunal Revisor, que:

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.



## §. CÓDIGO PROCESAL CIVIL

### 4.22 El artículo 171 regula lo siguiente sobre la nulidad:

La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.

## V. ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

### 5.1 LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL CPP DE 2004 Y PECULIAR PROBLEMÁTICA DEL CASO

En el modelo plasmado en el CPP de 2004, existen tres fases trascendentes claramente diferenciadas, a saber: la investigación preparatoria, que sirve para reunir los elementos de convicción o medios de investigación para que el Ministerio Público decida si formula o no acusación; la etapa intermedia, que constituye un filtro para verificar si existen los presupuestos para pasar a juzgamiento; y el juicio oral o juzgamiento que, bajo una serie de principios, es un momento en el que se determinará si una persona es inocente o culpable<sup>3</sup>.

Ahora bien, la investigación preparatoria puede, eventualmente, comprender una fase de diligencias preliminares.

El artículo 330.2 del CPP<sup>4</sup> indica que las diligencias preliminares se disponen para realizar actos urgentes e inaplazables en aras de determinar si los hechos imputados como ilícitos han tenido o no lugar, así como asegurar los elementos de convicción dentro los límites de la ley.

Los actos que se realizan en esta etapa preliminar del proceso son generalmente actos de investigación dirigidos al esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos que se distinguen de los actos de prueba que se actúan en fases posteriores del proceso, en concreto, en la actuación de pruebas y juicio oral. Una excepción a esta regla es la producción de la prueba preconstituida y la prueba anticipada que tienen peculiares características.

Para comprender mejor la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, SAN MARTÍN CASTRO<sup>5</sup> ha precisado lo siguiente:

<sup>3</sup> Ver apartados 4.17, 4.18 y 4.19 del SN, respectivamente por cada fase.

<sup>4</sup> Ver apartado 4.16 del SN.

<sup>5</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, p. 511.



Los actos de investigación se dirigen a averiguar algo que se desconoce, mientras que los actos de prueba se dirigen a verificar la verdad de una afirmación de parte. La sede del acto de investigación es la investigación preparatoria, mientras que la de los actos de prueba es el juicio oral. Se exceptiona de este último requisito, la denominada prueba sumarial: prueba anticipada y prueba preconstituida. Los actos de investigación arrojan resultados no ciertos, solo probables y permiten fundar resoluciones interlocutorias. En cambio, los actos de prueba arrojan resultados ciertos y permiten fundar la sentencia sobre culpabilidad o inocencia del imputado. Los actos de investigación presentan una ejecución disímil. Por lo general, basta para su práctica la posibilidad de contradicción (art. 338.1 NCPP); **en algunos casos, incluso, tal posibilidad, por lo urgente, no es posible, y en otros es factible –y legalmente permitido- su actuación en secreto** (art. 324.2 NCPP). Empero, los actos de prueba requieren, siempre, el principio de contradicción y su actuación en el juicio oral y las garantías que le son inherentes. (resaltado agregado).

En el presente caso, la declaración de la testigo Gonzáles Yep y la problemática planteada por las partes tiene que ser analizada en ese contexto. Debe destacarse, en primer lugar, que la causa se encuentra aún en diligencias preliminares, en la que, básicamente, la defensa invoca el artículo 84 del CPP<sup>6</sup> para alegar la nulidad de sus declaraciones argumentando que se ha vulnerado su derecho a "interrogar directamente a los testigos" y a "participar en todas las diligencias", puesto que no se le notificó para dicha diligencia.

Con una posición en contra, el Ministerio Público aduce que procedió de conformidad con las facultades previstas en el artículo 164 del CPP, según el cual "el testigo también podrá presentarse espontáneamente"; asimismo, sostiene que no es posible amparar la alegación de la defensa técnica cuando sostiene que se le ha privado de su derecho al contrainterrogatorio de la declaración de la testigo Gonzáles Yep, puesto que, para el momento procesal en que esta brindó su declaración, no es posible realizar el examen y contraexamen del testigo, cuyas actividades tienen lugar en la fase del juicio oral, precisamente porque en esta etapa su declaración es un acto de prueba y, por ende, puede ser sometido al contradictorio por parte de la defensa.

## 5.2 PARÁMETROS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN RELACIÓN CON LA PRUEBA TESTIMONIAL

Tal como lo prevé el artículo IX del Título Preliminar del CPP, que regula el derecho de defensa, toda persona imputada por un delito debe ser asistida por un abogado quien tiene derecho a intervenir, "en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley". Esta norma añade que "el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala".

<sup>6</sup> Apartado 4.10 del SN.



El artículo 84 de CPP establece, entre los derechos del abogado defensor, los siguientes: interrogar a los testigos, participar en todas las diligencias, tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, entre otros. Para mayores luces, la Corte IDH en el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, en la sentencia de 29 de mayo de 2014, expresó sobre el interrogatorio a testigos, contenido en el derecho a la defensa, lo siguiente:

242. El literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la "garantía mínima" del "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. [...]

En ese sentido, es indiscutible el derecho y facultad de la defensa técnica de ejercer el interrogatorio de testigos ante el Tribunal durante el juicio oral; por lo que, en caso se continúe con el proceso, tendrá plena facultad para ejercer este derecho, salvo situaciones excepcionales contempladas en la ley<sup>7</sup>, que no es del caso desarrollar.

Durante las diligencias preliminares, en relación con la declaración de testigos, existen algunos matices que abordaremos a continuación.

### 5.3 PARTICIPACIÓN DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO EN LAS DECLARACIONES TESTIMONIALES EN DILIGENCIAS PRELIMINARES

En el nuevo proceso penal es necesario comprender y tener presente que el Ministerio Público no se limita a ser parte o representante estatal. Como explica MAIER "pasarán varios siglos después de instaurada la inquisición, para que dé a luz el Ministerio Público, concebido como acusador estatal distinto de los Jueces, encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública"<sup>8</sup>.

SEGÚN el artículo IV del Título Preliminar del CPP, entre otras atribuciones de orden público, el Ministerio Público "asume la conducción de la investigación desde su inicio", pero "está obligado a actuar con objetividad"<sup>9</sup>, máxime, si literalmente "conduce la investigación preparatoria"; por lo que necesariamente debe observar los principios que orientan el proceso penal y

<sup>7</sup> Por ejemplo, el caso de lectura de declaraciones previas por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia o desconocimiento del lugar de su paradero de los testigos, previsto en el artículo 383.1, incisos c) y d); así como el caso de declaración de menores de edad en determinadas situaciones, previsto en el artículo 378.3 del CPP.

<sup>8</sup> MAIER, Julio B. J. (1993). "El Ministerio Público ¿Un adolescente?". En: *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC. p. 21.

<sup>9</sup> Ver apartado 4.5 del SN.



los derechos, expectativas y atribuciones de las partes involucradas en el conflicto.

De todos modos, frente a la humana posibilidad de excesos y errores, existe la figura del Juzgado de Investigación Preparatoria como tercero imparcial que se erige en un juez de garantías. Al respecto, sustenta SAN MARTÍN CASTRO: "Para garantizar esa objetividad y evitar el dominio incontrolado del investigador —policía y fiscal— se instituye el juez de la Investigación Preparatoria. Una institución central del poder acusatorio del fiscal es el incidente de tutela (art. 71, apdo. 4, del NCPP) destinado a garantizar los derechos del imputado y la legalidad de la actuación del fiscal"<sup>10</sup>.

Dentro de ese contexto, es necesario efectuar las siguientes precisiones:

- a) El derecho-deber del abogado defensor de interrogar a los testigos (artículo 84.2 del CPP)<sup>11</sup> y de participar en todas las diligencias no es absoluto. En efecto, el artículo 67 del CPP establece que la Policía Nacional:

En cumplimiento de sus funciones, debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, **sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles** para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. [Resaltado agregado]

De manera específica, el artículo 68 del referido estatuto procesal, describe cada una de las diligencias que puede realizar la Policía Nacional —y lógicamente el Ministerio Público, en su caso, por sus claras atribuciones constitucionales y legales—, entre las cuales, en el inciso f), incluye "recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos", o sea los testigos.

Tan clara es la facultad para recepcionar dichas declaraciones **sin presencia del abogado del imputado o imputados, en este peculiar contexto de urgencia**, que, en el inciso 3 de dicho artículo, se establece como garantía que "El imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas".

Esta posibilidad excepcional se justifica lógica y racionalmente, porque dichas entidades encargadas de la investigación no tienen ni podrían tener el don de inmovilizar las situaciones de urgencia hasta que lleguen

<sup>10</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 43.

<sup>11</sup> Ver apartado 4.10 del SN.



el abogado o el propio representante del Ministerio Público, poniendo en riesgo una serie de situaciones respecto a las cuales el ordenamiento jurídico dispone acciones inmediatas, tales como intervenciones en flagrancia, incautaciones, registros, fotografías, filmaciones, etc.<sup>12</sup>.

Sin embargo, lo expuesto no significa que el fiscal o la policía, en forma indiscriminada, puedan recibir declaraciones cuando quieran, por sí y ante sí, sin citar a la defensa —para efectos de su participación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84 del CPP—, sino que, solo podrán hacerlo en el contexto de una diligencia urgente e imprescindible que, según lo exija la peculiaridad de la situación, debe ser calificada y motivada.

Ello es así porque, en un Estado Constitucional de Derecho, rige el principio de proscripción de la arbitrariedad que impide acciones irrazonables. Así lo ha establecido y reconocido el Tribunal Constitucional al sostener que:

[...] conforme al artículo 159, inciso 4, de la Constitución, constituye una competencia del Ministerio Público la conducción de la investigación del delito. Sin embargo, tal como este Tribunal Constitucional ha precisado, dicha competencia debe ser ejercida conforme al principio de interdicción de la arbitrariedad, del respecto de los derechos fundamentales y el marco de valores y principios que comprende la Constitución. Es posible afirmar, entonces, que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que conduzca la investigación del delito no le permite: "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"<sup>13</sup>.

- b) Adicionalmente a lo expuesto, no es suficiente que un representante del Ministerio Público considere, por cualquier apreciación subjetiva, que una determinada diligencia tiene el carácter de urgente e imprescindible, sino que debe calificarse y sustentarse tal situación en su pronunciamiento para tal finalidad, pues expresamente el artículo 122.5 del CPP establece que "5. Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados".

En consecuencia, en la providencia o el acta correspondiente, al tratarse de una declaración que, por su naturaleza, no es

<sup>12</sup> Un ejemplo de dichas consideraciones propias de los nuevos paradigmas y parámetros legales de actuación es la sentencia recaída en Exp. N.º 2008-6652-25-1601-SP-PE-1, de fecha 27 de mayo de 2009, emitida por la Segunda Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, contenida en: ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth. (2010). *Jurisprudencia del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: El Buho. Gaceta Penal y Procesal Penal. pp. 523-531.

<sup>13</sup> Exp. N.º 06167-2005-PHC/TC, caso *Fernando Cantuarias Salaverry*. Fundamento N.º 30.



necesariamente urgente, debería consignarse la calificación de urgencia y/o imprescindibilidad y el sustento para tal consideración, en armonía con lo previsto en el inciso 2 del referido numeral, que se refiere a las disposiciones para "toda otra actuación que requiera motivación"; lo que justificará la decisión del Ministerio Público de no citar a la defensa. En caso contrario, es decir, si la declaración no es urgente e imprescindible, existe la obligación insoslayable del Ministerio Público de citar a la defensa para la realización de dicha diligencia.

- c) En esa línea de actuación, el Ministerio Público deberá evaluar las consecuencias de sus actos, pues, si se produce el fallecimiento, enfermedad o desaparición —por alguna razón— del testigo en potencia para un eventual juzgamiento, en caso no se haya dado oportunidad de efectuar el interrogatorio a la defensa y no se trató en rigor de una diligencia urgente; dichas declaraciones no podrán ser oralizadas ni sometidas al contradictorio porque así lo establece como restricción el artículo 383.1.d<sup>14</sup> del CPP. La Fiscalía, entonces, debe evaluar los costos en términos de objetivos de la tutela judicial efectiva, de no notificar a la defensa la realización de una diligencia.
- d) Complementariamente, debe tenerse presente que, para efectos de la nulidad absoluta regulada en el artículo 150 del CPP<sup>15</sup> "No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: **"A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia"**". Según este precepto, será necesario evaluar los casos en los que, eventualmente, resulta obligatoria la presencia del defensor.

#### 5.4 EVALUACIÓN ESPECÍFICA DE LO SUSCITADO EN EL CASO CONCRETO

Con base en las premisas precedentes, evaluaremos lo suscitado en el presente caso.

Como antecedente a la presente incidencia, debe destacarse que la defensa recurrió ante el Ministerio Público con la misma pretensión para nulificar la declaración de doña Mirtha Gonzáles Yep. En el pronunciamiento de fecha 17 de agosto de 2020, contenido en la Carpeta Fiscal N.º 43-2019, la Fiscalía de la Nación declaró "no ha lugar" a dicha solicitud, desarrollando básicamente los siguientes argumentos:

<sup>14</sup> Apartado 4.20 del SN.

<sup>15</sup> Apartado 4.11 del SN.





**Primero.** La ciudadana Mirtha Cristina Gonzáles Yep, con fecha 08.03.2019, se apersonó a este despacho, señalando que tomó conocimiento de la investigación contra el entonces congresista Héctor Virgilio Becerril Rodríguez, y siendo ella quién brindó la información ante la Fiscalía contra la Criminalidad Organizada de Chiclayo, también quiere hacerlo ante este despacho, donde básicamente se reafirmó en su versión contenida en sus declaraciones de fecha 21.01.2019 y 28.02.2019, brindadas ante la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Chiclayo, las mismas que fueron ampliadas en sus declaraciones de fecha 14.03.2019, 11.07.2019, 15.10.2019, también brindadas ante dicho despacho.

[...]

**Tercero.** Al respecto, debemos señalar que el artículo 164 numeral 2 de Código Procesal Penal señala, respecto a las citaciones y declaraciones de testigos, lo siguiente: el testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar. Por tal circunstancia, se procedió a tomar dicha declaración, la misma que fue de conocimiento del investigado con posterioridad, quien inclusive, conforme se verifica de la carpeta fiscal principal, él y su defensa técnica, han tenido en todo momento acceso a los actuados e inclusive han solicitado se le expida copia del mismo, así tenemos los escritos de fecha 25.02.2019 (fs. 15/16), 27.03.2019 (fs.69), 05.04.2019(fs.72), 09.04.2019(fs.83), 23.10.2019(fs. 687/688), 13.11.2019(fs. 710/711), entre otras; asimismo, solicitó la realización de actos de investigación, mediante escrito de fecha 20.05.2019(fs. 143/146), las cuales inclusive fueron programadas por este Despacho Fiscal, mediante providencia de fecha 20.05.2019 (fs. 147/148); además, mediante escrito de fecha 24.05.2019, aportó diversos documentales para evidenciar contradicciones en las declaraciones de testigos (fs. 150/154), en todo caso, lo que correspondía era solicitar la ampliación de la declaración, circunstancia que tampoco ocurrió.

Como se puede advertir, la Fiscalía invoca como fundamento central de su decisión lo previsto en el artículo 164.2 del CP, que faculta la citación y conducción del testigo señalando que "también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar". En dicha decisión, no se advierte un enfoque ni un desarrollo de los parámetros de principio y normativos que se han explicado en el apartado 5.3 de la presente resolución.

Complementariamente, se aprecia que en la declaración de doña Mirtha Gonzáles Yep, del 8 de marzo de 2019 (folios 67-72), realizada en la Fiscalía de la Nación, despacho del área de enriquecimiento ilícito y denuncias constitucionales, se dejó constancia de la forma de su concurrencia, al señalar:

[...] La concurrente en presencia de su abogado defensor manifiesta que ha tomado conocimiento que en este despacho se sigue una investigación contra el Congresista de la República Héctor Becerril Rodríguez, por un informe remitido por el Fiscal de Crimen Organizado de Chiclayo, Juan Carrasco Millones, por lo que siendo ella quien ha brindado información sobre los hechos, también quiere hacerlo ante este despacho. En tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 164.2 del Código Procesal Penal se procede en este acto a recibir su declaración testimonial en los siguientes términos [...].

De una atenta lectura del artículo 164 del CPP<sup>16</sup>, se advierte que su contenido está circunscrito a la forma de citación del testigo y se establece la regla

<sup>16</sup> Apartado 4.12 del SN.





**CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL ESPECIAL  
EXPEDIENTE  
N.º 14-2020-2**

general de que dicha citación se efectúe de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del mismo cuerpo de leyes que, a su vez, prevé varias situaciones fácticas. La Fiscalía interpreta que la presentación espontánea de la testigo no posibilitó que se le avisara al investigado ni a su defensa dicha concurrencia. Aduce que, posteriormente, estos últimos pudieron tomar conocimiento de esta declaración a través de la revisión de los actuados.

Al respecto, es necesario efectuar las siguientes aclaraciones: **a)** La posibilidad de la presentación espontánea prevista en el artículo 164.2 del CPP no constituye una excepción a la regla general de participación que tiene la defensa, según el artículo 84, ni tampoco implica una autorización legal al Ministerio Público para dejar de notificar a la defensa; **b)** De acuerdo con los parámetros desarrollados en el apartado 5.3 de esta resolución, la única justificación legal para que no exista participación a la defensa es que se trate de una diligencia urgente e imprescindible, en cuyo caso, el Ministerio Público debe calificar dicha actuación —en pronunciamiento debidamente motivado—, las razones por las cuales dicha diligencia tendría tal naturaleza y características, luego proceder a la diligencia. En este supuesto hipotético, el Ministerio Público debe motivar suficientemente el carácter de urgencia, pues, en caso de que ello no esté suficientemente justificado, asumirá la delicada responsabilidad consistente en que el acta de declaración que se obtenga no podrá ser oralizada en una eventualidad de inconcurrencia personal al juzgamiento que podría realizarse, de acuerdo con lo previsto en el artículo 383 del CPP; **c)** El hecho de que posteriormente se entregue copia de las declaraciones a la defensa puede interpretarse como una acción realizada en el ánimo de regularización del error, empero, no constituye una justificación suficiente sobre la inobservancia de las garantías y derechos que le corresponde a la defensa; **d)** El carácter de urgente e imprescindible que eventualmente tenga una actuación debe desprenderse de la naturaleza del acto o de su adecuada calificación —debidamente motivada— como tal.

En la audiencia de apelación, el representante del Ministerio Público refirió que la declaración de la testigo González Yep se trató de una diligencia de carácter urgente, puesto que, además, entregó diversa documentación relacionada con el caso que era de suma importancia. Al respecto, puede constatarse lo consignado por la Fiscalía (folios 72) en la referida diligencia:

Se dio por concluida la presente diligencia siendo las 17:28 horas del presente dejándose constancia de la entrega de las boletas y otros documentos que sustentan esta declaración en copias simples referidos a los correos electrónicos de fecha 7 de abril de 2018, de 9 de abril de 2018 y formato de condiciones de entrega, 11 de abril de 2018, y la factura y los vouchers por el monto de dieciocho mil, diez mil y treinta mil soles de pago del porcelanato; firmando los intervinientes previa lectura de la misma; doy fe.



Tal vez la condición de urgencia podría connotarse por la entrega de los documentos a los que se hace alusión, pero ello debió justificarse en la misma diligencia y solo tendría tal característica si dichos documentos aún no estaban a disposición de la Fiscalía y eventualmente, exista el riesgo de perder la oportunidad de obtenerlos; sin embargo, el propio Ministerio Público ha referido que la testigo Gonzáles Yep "ha reproducido sus declaraciones" existentes en la investigación que se sigue en Lambayeque, desconociéndose si la documentación entregada es de primera mano o ya estaba disponible para el Ministerio Público.

Todo lo expuesto permite advertir que se ha suscitado una situación en la que, en principio, ameritaría una medida correctiva, sin embargo, existe una particularidad que desarrollaremos a continuación, que ha sido aludida en el debate realizado en la audiencia de apelación y que modifica el enfoque de solución en relación a la situación evaluada.

#### **5.5 CONDICIÓN DE DOÑA MIRTHA GONZÁLES YEP EN EL CASO Y SU IMPACTO EN LA INCIDENCIA**

El artículo 84.4<sup>17</sup> prevé —al margen de las diligencias urgentes e imprescindibles— el derecho de la defensa de participar en todas las diligencias: "excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda".

En la audiencia de apelación, como producto del debate y de la información de calidad a que se encuentran obligadas a proporcionar cada uno de los sujetos procesales, la propia defensa técnica del investigado Becerril Rodríguez sostuvo que, si bien la declaración de Gonzáles Yep se realizó en calidad de testigo, tal como se aprecia en esta (folios 67), Gonzáles Yep es también imputada por los mismos hechos, pero en una carpeta fiscal distinta. Específicamente, la defensa respondió lo siguiente (minuto 57:42 de la audiencia de apelación):

- ¿La señora Yep por estos mismos hechos es investigada, pero en un proceso común?  
Defensa técnica del investigado: [...] sí su señoría, está siendo procesada ante la Corte de Lambayeque, por este mismo caso, hay conexión.
- ¿Cuándo la señora Yep presta su declaración ante la Fiscalía, ya tenía investigación en Chiclayo?  
Sí, tenía la investigación abierta cuando le toman la declaración el 8 de marzo, era una testigo impropia. Pero no es investigada en esta carpeta, es testigo.

Complementariamente, obra la razón de relatoría que da cuenta sobre la condición jurídica de la señora Mirtha Cristina Gonzáles Yep, en la que se encontró un registro de la Casación N.º 01709-2019 (Expediente N.º 5699-2019-0) del distrito judicial de Lambayeque, Origen de Procedencia: 1.ª Sala Penal de Apelaciones y

<sup>17</sup> Apartado 4.10 del SN.





4.º Juzgado de Investigación Preparatoria, en donde se aprecia que la testigo Gonzáles Yep se encuentra registrada como imputada por organización criminal.

Si ello es así, entonces, la señora Gonzáles Yep tiene la condición de testigo impropio, como la caracterizó la propia defensa. Una explicación sobre esta denominación, la desarrolla SAN MARTÍN CASTRO<sup>18</sup>:

El testigo impropio es una persona llamada a declarar como testigo en un proceso penal donde se ventilan hechos que lo involucran, tenido abierto el "testigo" un proceso penal por hechos conexos, técnicamente es un coimputado, por ello le asiste la garantía de no auto incriminación. Esta garantía funciona contra quien es objeto de una imputación penal, sin que ello obste que se formule en sede judicial o extrajudicial: Policía, Fiscalía o Congreso que se esté en cualquier fase del proceso o se tenga o no formalmente la calidad de imputado. El imputado tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración.

En efecto, la limitación al derecho de defensa cuando se trata de la declaración de alguien a quien la Fiscalía imputa cargos, tiene que ver con la cláusula de no autoincriminación y las garantías implícitas de libertad, exento de presiones, amenazas o escenarios que podrían ser adversos para el ejercicio de sus derechos, sobre todo a nivel de la investigación.

Es por ello que el artículo 89.1 del CPP prescribe que "el imputado declarará siempre libre en su persona, sin el uso de esposas u otros medios de seguridad y sin la presencia de otras personas que las autorizadas para asistir".

Por esa misma razón especial, el artículo 86 de la citada norma procesal establece que "Durante la Investigación Preparatoria el imputado, sin perjuicio de hacerlo ante la Policía con las previsiones establecidas en este Código, prestará declaración ante el Fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando este lo ordene o cuando el imputado lo solicite".

En la misma línea, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios se ha referido a la problemática de la declaración del testigo impropio en el Exp. N.º 4-2015-41<sup>19</sup>, expresando lo siguiente:

En efecto, el artículo 84 del ordenamiento procesal establece un catálogo enunciativo de derechos de naturaleza instrumental que le asisten al abogado defensor, entre ellos, el previsto en el número 4 del citado artículo, que habilita al abogado defensor a participar en todas las diligencias. No obstante, la misma norma exceptúa su participación cuando la diligencia se refiera a la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defiende. En consecuencia, tenemos que la restricción impuesta por el órgano fiscal, respaldada en la resolución recurrida, tiene sustento expreso en nuestro sistema jurídico. Incluso el contenido del numeral citado, se reitera en el artículo 89 del Código Procesal Penal

<sup>18</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003). *Derecho Procesal Penal*. T. I. 2.º ed. Lima: Grijley, p. 90. Recuperado de <https://www.derechoycambiosocial.com/revista014/la%20prueba.htm>.

<sup>19</sup> Recuperado de: [https://docs.wixstatic.com/ugd/4eb535\\_b4de871ae27245d29dac1696d36d1439.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/4eb535_b4de871ae27245d29dac1696d36d1439.pdf).



que entre otros aspectos señala que el imputado declarará siempre libre en su persona y sin la presencia de otras personas que las autorizadas para asistir. Esto significa que, en la declaración del imputado en la investigación preparatoria, solo se permite la participación del Fiscal y del abogado que lo defiende, como prevé también en el numeral 2, del artículo 86 del Código Procesal Penal.

De las líneas de reflexión precedentes, puede llegarse a la conclusión lógica y razonable en la presente causa, consistente en que la participación de la defensa del investigado Becerril Rodríguez en la diligencia de declaración de González Yep (testigo impropia) no es posible por tener esta la condición de imputada; consecuentemente, no es estimable la solicitud de tutela de derechos; sin embargo, se deben realizar las recomendaciones pertinentes de acuerdo a lo suscitado en el presente caso.

Lo expuesto debe hacerse de conformidad con las facultades de integración que tiene este órgano jurisdiccional según lo previsto en el artículo 409.2 del CPP<sup>20</sup>.

#### **5.6 ACLARACIÓN DE LO EXPRESADO POR LA SPE EN CASO PRECEDENTE**

Durante la audiencia de apelación (minuto 00:44:45), el Ministerio Público sostuvo que la SPE ya se había pronunciado en el Incidente N.º 5-2020-1, en la investigación seguida contra Jorge del Castillo Gálvez, en el sentido que "la sola ausencia de notificación no implica necesariamente la vulneración del derecho de defensa"; además, indicó que se declaró infundado el recurso de impugnación, advirtiendo la espontaneidad, necesidad y urgencia de actuación de dicha diligencia, en virtud de la información que proporcionaba la testigo.

Al respecto, es necesario aclarar que la propia referencia del representante del Ministerio Público condiciona esa apreciación a un contexto de urgencia. En efecto, en el apartado 6.6 de la referida resolución, la SPE expresó que el Tribunal Constitucional, en la resolución del Expediente N.º 4303-2004-AA/TC, del 13 de abril de 2005, señaló que "la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera por sí mismo una violación del derecho de defensa, sino que se debe acreditar que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado, de modo real y concreto, el derecho de defensa".

Además, en la referida resolución se aludió al hecho consistente en que, en los Expedientes N.ºs 0582-2006-PA/TC y 5175-2007-PHC/TC, se especificó que en un proceso judicial el derecho de defensa se afecta cuando a cualquiera de las partes se le impide, por concretos actos de los órganos judiciales, ejercer los

<sup>20</sup> Ver apartado 4.21 del SN.



medios necesarios suficientes y eficaces para defender sus derechos legítimos, sin embargo, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo.

Como se puede advertir, si el ordenamiento jurídico establece regulaciones específicas de actuación frente a supuestos fácticos concretos, con mayor razón no existe una vulneración al derecho de defensa, debiendo destacarse que, además, en la resolución invocada por el Ministerio Público, la SPE expresó claramente, en el apartado 6.8, literal f), que la diligencia materia de evaluación tenía el carácter de urgente e inaplazable.

## DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDAMOS:**

- I. **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación formulado por la defensa técnica del investigado Héctor Virgilio Becerril Rodríguez.
- II. **CONFIRMAR** la Resolución N.º 2, del 7 de octubre de 2020 (folios 89-123), emitida por el señor juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, que declaró infundada la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado Héctor Virgilio Becerril Rodríguez, en la investigación preliminar seguida en su contra por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias agravado, cohecho pasivo impropio y organización criminal, en perjuicio del Estado peruano.
- III. **INTEGRAR la resolución impugnada y, consecuentemente, EXHORTAR** al Ministerio Público a que en las diligencias preliminares cumpla los principios y parámetros desarrollados en el apartado 5.3 de la presente resolución, de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Penal y en aras de los principios del debido proceso y la tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrados.





**IV. DISPONER** que se remita el presente cuaderno al Juzgado de procedencia. Hágase saber y devuélvase.

**S. S.**

**NEYRA FLORES**



Firmado digitalmente por NEYRA  
FLORES Jose Antonio FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 20:58:22 -05:00

**GUERRERO LÓPEZ**



Firmado digitalmente por GUERRERO  
LOPEZ Ivan Salomon FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 21:39:59 -05:00

**LINARES SAN ROMAN**



Firmado digitalmente por LINARES  
SAN ROMÁN Juan Jose FAU  
20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 29.12.2020 22:28:37 -05:00



**Hilda Hayde Hoyos Ayala**  
RELATORA  
Sala Penal Especial de la Corte Suprema