Sumilla: La tutela de derechos es un mecanismo procesal que garantiza la protección de los derechos del imputado contemplados de modo taxativo en el artículo 71 del CPP.
Asimismo, de conformidad con el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CIJ-116, no es posible activar esta institución para anular ni impugnar la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria.
En el caso concreto, el apelante cuestionó, a través de esta vía, la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria en su contra, por la presunta vulneración del derecho al *ne bis in idem*, siendo su pretensión que aquella se declare nula, lo cual no es posible jurídicamente, de conformidad con la normativa procesal y el citado acuerdo plenario.
De igual modo, el *ne bis in idem* procesal ha sido garantizado en las vías procesales correspondientes, por consiguiente, no concierne que se analice mediante la tutela de derechos, dado su carácter residual.

AUTO

RESOLUCIÓN N° 4

Lima, veinte de septiembre de dos mil veintiuno

AUTOS Y VISTOS: El recurso de apelación formulado por la defensa técnica de **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** contra la Resolución Nº 2 de fecha 4 de junio de 2021, que declaró improcedente la tutela de derechos planteada, en la causa que se sigue al citado investigado por el delito de tráfico de influencias y otros, en agravio del Estado (folios 248 a 269).

Interviene como ponente en la decisión la señora jueza de la Corte Suprema de Justicia de la República **ELIZABETH GROSSMANN CASAS**, integrante de la Sala Penal Especial (en adelante, SPE); y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 TRÁMITE DEL REQUERIMIENTO

a) Mediante la Resolución Legislativa N° 009-2020-2021-CR (folio 470), emitida por el Congreso de la República, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de febrero de 2021, se declaró haber lugar a la formación de la causa contra el exjuez supremo César José Hinostroza Pariachi por la presunta comisión de los delitos de organización criminal, patrocinio ilegal, cohecho pasivo específico, cohecho activo específico y tráfico de influencias, tipificados en los artículos 317, 385, 395, 398 y 400 del Código Penal, respectivamente.

b) La defensa técnica de Hinostroza Pariachi solicitó, mediante escrito del 18 de febrero de 2021 (folios 15-34), a la Fiscal de la Nación, declarar que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria en su contra, y a hacer un control de convencionalidad y de constitucionalidad de la acusación constitucional del Congreso de la República.

c) La Fiscalía de la Nación expidió la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (en adelante, DFCIP) el 24 de marzo de 2021 (folios 87-134), y en uno de sus extremos contra César José Hinostroza Pariachi como presunto autor de los delitos consignados en la mencionada resolución legislativa. Esta decisión se comunicó al Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (en adelante, JSIP), que, por Resolución N° 1 del 13 de mayo de 2021 (folios 471-500), aprobó la misma.

d) La defensa técnica del imputado Hinostroza Pariachi formuló tutela de derechos el 5 de mayo de 2021 (folios 1-14) con la pretensión de que se declare nula la mencionada DFCIP, emitida en la Carpeta Fiscal N° 119-2018, por la Fiscalía de la Nación, en relación con los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal. El JSIP, mediante Resolución N° 2 del 4 de junio de 2021 (folios 248-269) declaró improcedente la tutela de derechos. La defensa técnica apeló esta decisión a través de su recurso del 12 de julio de 2021 (folios 272-288), el cual viene en grado y será materia de pronunciamiento por esta SPE.

II. HECHOS ATRIBUIDOS

Según la DFCIP del 24 de marzo de 2021, emitida por la Fiscalía de la Nación (folios 87-134), se le atribuye a César José Hinostroza Pariachi ser presunto autor de los delitos de organización criminal, patrocinio ilegal, cohecho pasivo específico, cohecho activo específico y tráfico de influencias, bajo los siguientes parámetros:

B. Hechos objeto de imputación y elementos de convicción en que se sustentan.

Hecho 1: Pertenencia a la organización criminal denominada "Los Cuellos blancos del puerto" por parte del ex juez supremo César José Hinostroza Pariachi y los ex consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura Guido César Águila Grados, Orlando Velásquez Benites, Julio Atilio Gutiérrez Pebe y Sergio Iván Noguera Ramos.

1. Se ha evidenciado la existencia de la organización criminal denominada "Los cuellos blancos del puerto" presuntamente integrada por el ex juez supremo César Hinostroza Pariachi y los ex consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura Guido César Águila Grados, Orlando Velásquez Benites, Julio Atilio Gutiérrez Pebe y Sergio Iván Noguera Ramos. Además estaría integrada por el expresidente de la Corte Superior de Justicia del Callao Walter Ríos Montalvo, personal administrativo y jurisdiccional de dicho distrito judicial, así como por abogados y empresarios, quienes vienen siendo objeto de procesamiento por las instancias pertinentes.

2. La hipótesis planteada es que la finalidad de dicha organización criminal habría sido "copar" con "su gente" las diversas instancias del Poder Judicial y el Ministerio Público, mediante la ratificación y el nombramiento de jueces y fiscales titulares, se entiende "amigos", que les aseguren el manejo de procesos en los diferentes niveles de la administración de justicia. Por lo que en dicho esquema habría sido imprescindible la participación de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, así como del ex presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao Walter Ríos Montalvo, pues este bajo las órdenes de César Hinostroza, "copaba" dicha corte del Callao con jueces supernumerarios a la medida de los intereses delictivos de la organización.

3. La organización criminal denominada "Los cuellos blancos del puerto" habría estado organizada en tres redes. La primera, integrada por personas que realizaban labores administrativas y jurisdiccionales en la Corte Superior de Justicia del Callao; la segunda, integrada por abogados, empresarios y personas afines a dicha organización criminal: y la tercera red conformada por altos funcionarios del Estado. […] (Folio 92)

Hecho 2: Los beneficios obtenidos por César Hinostroza Pariachi a cambio de favorecer a Edwin Oviedo Picchotito en el denominado caso "Los Wachiturros" y en un recurso de casación.

16. César José Hinostroza Pariachi habría recibido dinero y otras dádivas de Edwin Oviedo Picchotito, presuntamente a cambio de favorecerlo en: i) el proceso judicial conocido como los "Wachiturros" y, ii) el recurso de casación N° 326-2016-Lambayeque que fue resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República con sentencia de fecha 23 de noviembre de 2016. […] (Folio 101).

Hecho 3: El nombramiento irregular de Maico Reyner Fernández Morales como juez supernumerario del Callao.

33. César José Hinostroza Pariachi habría gestionado ante Walter Ríos Montalvo, expresidente de la Corte Superior de Justicia del Callao, el nombramiento de Maico Reyner Fernández Morales como juez supernumerario de dicho distrito judicial, quien habría sido personal de confianza de César Hinostroza en la Corte Superior de Justicia del Callao cuando este laboraba en una de las salas de dicha corte. […] (Folio 111).

Hecho 4: La ratificación irregular de Frey Mesías Tolentino Cruz, en el cargo de juez especializado en lo Penal de Santa-Chimbote, del Distrito Judicial del Santa.

37. Los ex consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura Sergio Iván Noguera Ramos y Julio Atilio Gutiérrez Pebe habrían emitido su voto a favor de la ratificación de Frey Mesías Tolentino Cruz, juez especializado en lo penal del Santa-Chimbote, del Distrito Judicial del Santa, quien fue comprendido en el proceso de ratificación N° 001-2018-RATIFICACIÓN/CNM, previo acuerdo ilegal con César José Hinostroza Pariachi, en su condición de juez supremo y, a cambio de favores recíprocos intercambiados por los integrantes de la organización criminal.

38. Se precisa que en el mes de febrero de 2018 César Hinostroza nombró a un recomendado de Iván Noguera como personal jurisdiccional de la Sala Suprema en la que laboraba Hinostroza. Asimismo, se precisa que en días muy cercanos a la ratificación de Frey Tolentino, el ex juez supremo Hinostroza Pariachi y ex consejero Gutiérrez Pebe mantuvieron una comunicación telefónica en la que este último le recordaba al primero que "refuerce a su sobrino Carlos Valdivia en el Callao". [...] (Folio 113).

Hecho 5: El favorecimiento judicial de Javier Prieto Balbuena, Gerente General de ENAPU

46. El ex consejero Julio Gutiérrez Pebe en su condición de funcionario público habría solicitado al entonces Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao Walter Ríos, que favorecería a un amigo de su esposa, el señor Javier Prieto Balbuena, Gerente General de la empresa ENAPU, en una medida cautelar que los trabajadores de la empresa habían interpuesto contra dicha entidad estatal, la misma que se tramitaba ante un Juzgado Laboral del Callao que estaba a cargo del juez supernumerario nombrado por Walter Ríos. [...] (Folio 116)

C. IMPUTACIÓN CONCRETA A CADA INVESTIGADO (Folios 119 y 120)
51. LOS HECHOS QUE SE IMPUTAN A CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI SON:

- Presunta pertenencia a la organización criminal "Los Cuellos Blancos del Puerto".
- Presuntos beneficios obtenidos a cambio de favorecer a Edwin Oviedo Picchotito en un recurso de casación.
- Presuntos beneficios obtenidos a cambio de apoyar a Edwin Oviedo Picchotito en el caso "Los Wachiturros".
- Presunto patrocinio de intereses para el nombramiento de Maico Reyner Fernández Morales como juez supernumerario del Callao.
- Presunta influencia en la ratificación del juez Frey Mesías Tolentino Cruz en el cargo de juez especializado en lo penal del Santa Chimbote, a cambio de favores.

III. REQUERIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS

El investigado Hinostroza Pariachi, con fecha 5 de mayo de 2021 (folios 1-14), requirió tutela de derechos ante el JSIP, dirigiéndola contra la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos para que esta declare nula la DFCIP de 24 de marzo de 2021, emitida por la fiscal de la Nación en la

Carpeta Nº 119-2018, respecto de los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal, refiriendo concretamente lo siguiente:

i) Se vulneró el principio del debido proceso en su manifestación de la prohibición de ser procesado dos veces por los mismos hechos (*ne bis in idem* procesal), toda vez que se le abrieron dos investigaciones preparatorias por los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal basados en hechos idénticos.

ii) Mediante Resolución Legislativa N° 09-2020-2021 del 12 de febrero de 2021, se declaró haber lugar a la formación de la causa en su contra por los delitos de organización criminal, patrocinio ilegal, cohecho pasivo específico, cohecho activo específico y tráfico de influencias. Dicha resolución fue enviada a la Fiscalía de la Nación, cuya titular emitió la Disposición Fiscal del 24 de marzo de 2021, formalizando una nueva investigación preparatoria por los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal, que ya vienen siendo investigados en la Carpeta Fiscal N° 08-2018 a cargo del fiscal supremo Jesús Fernández Alarcón.

iii) Como medida correctiva, debe ordenarse que la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos declare nula la DFCIP del 24 de marzo de 2021, emitida por la fiscal de la Nación, en la Carpeta N° 119-2018, por los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal, quedando subsistentes los demás extremos de la misma.

IV. RESOLUCIÓN OBJETO DE APELACIÓN

Es objeto de apelación la Resolución N° 2 del 4 de junio de 2021, emitida por JSIP (folios 248-269), que declaró:

> **I. IMPROCEDENTE** la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado César José Hinostroza Pariachi en la investigación preparatoria seguida en su contra, en calidad de autor de los presuntos delitos de tráfico de influencias y otros, en agravio del Estado.

V. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN MATERIA DE APELACIÓN

El JSIP, a través de la Resolución N° 2 del 4 de junio de 2021 (folios 248-269), ha fundamentado su decisión en los siguientes argumentos:

i) El artículo 71.4 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) señala que la tutela de derechos compone una vía jurisdiccional a la cual la persona investigada o imputada en la comisión de un delito puede acudir cuando suponga que, durante las diligencias preliminares o en

la investigación preparatoria, no se ha dado cumplimiento a las disposiciones.

ii) Los derechos protegidos son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 del CPP. La tutela que brinda el juez de investigación preparatoria no se limita a los derechos descritos textualmente en la norma, sino que también comprende derechos que guardan relación con aquellos y los derechos fundamentales del investigado que no tienen vía propia, en la etapa procesal pertinente.

iii) El Acuerdo Plenario N°4-2010/CIJ-116 estableció como principio jurisprudencial que constituye doctrina judicial, que las disposiciones de formalización de la investigación preparatoria no pueden ser impugnadas o dejadas sin efecto por el juez de investigación preparatoria (fundamento jurídico 18).

iv) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 1-2011/Piura, del 8 de marzo de 2012, también señaló que no es posible cuestionar la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, esto es, activar una vía de control judicial de esta.

v) El artículo 1 del Código Procesal Constitucional contempla cuál es la finalidad de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, siendo que, al no encontrarnos ante uno de los procesos constitucionales referidos, no podría aplicarse el citado dispositivo legal a un proceso judicial de naturaleza jurídica distinta (procesal penal) en contradicción a lo dispuesto en un acuerdo plenario de la propia especialidad (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116).

vi) Los cuestionamientos que realiza la defensa de Hinostroza Pariachi contra la decisión de desacumular los hechos, por los cuales sostiene que se vendría vulnerando el derecho al *ne bis in idem* procesal, y su derivación a otro proceso penal para su acumulación (Expediente Judicial N° 04-2018, Carpeta Fiscal N° 08-2018) deberán hacerse valer ante la instancia pertinente.

vii) Respecto a una solicitud de tutela de derechos presentada anteriormente por el señor L.A.C en otro proceso judicial, el pedido de tutela no estuvo dirigido a impugnar ni pedir la nulidad de la DFCIP, y que en ningún caso el JSIP o la SPE decidieron anular o dejar sin efecto una disposición fiscal de esa naturaleza, conforme se aprecia de la Resolución N° 2 del 5 de febrero de 2020 (Tutela de Derechos N° 4-2020-1-5001-JS-PE-01) y de su confirmatoria mediante auto de apelación (Resolución N° 5) del Expediente N° 4-2020-1 de la SPE.

VI. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN ESCRITA (folios 272-288) Y EN AUDIENCIA DE APELACIÓN (acta de audiencia)

El investigado Hinostroza Pariachi fundamenta su recurso del 12 de julio de 2021 (folios 272-288), solicitando como pretensión concreta que se declare fundado su recurso de apelación, en consecuencia, la nulidad de la resolución impugnada, se ordene al JSIP que emita nueva resolución en la que se pronuncie sobre el fondo del pedido de tutela de derechos interpuesta por la afectación al principio-derecho del *ne bis in idem* procesal respecto a los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal. Así también lo expresó en la audiencia de apelación, y se alegó como agravios los siguientes:

i) Se vulneró la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado, pese a que existe una notoria vulneración al principio-derecho de prohibición de ser procesado dos veces por los mismos hechos (*ne bis in idem* procesal). El JSIP no se pronunció sobre el fondo, renunciando a realizar un control de convencionalidad y constitucionalidad de la Disposición Fiscal del 24 de marzo de 2021.

ii) Son principios y derechos de la función jurisdiccional "la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional". El Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 763-2005-PA/TC, ha indicado que todo justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no acompañar a su petitorio.

iii) Se declaró improcedente el pedido de tutela de derechos porque se consideró que no es viable declarar la nulidad de la DFCIP. Se comete un error al pronunciarse solo sobre la consecuencia que generaría su pretensión y no sobre el derecho vulnerado: prohibición de ser procesado dos veces por los mismos hechos.

iv) Si bien el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CIJ-116 y la Sentencia Casatoria N° 1-2011-Piura señalan que no es posible declarar la nulidad de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, sin embargo, ambos pronunciamientos a la fecha resultan desfasados, debido a que sí es viable declarar la nulidad de la misma, además de controlar el pronunciamiento del Ministerio Público cuando se vulnera el contenido esencial de un derecho fundamental, como el principio de interdicción de la arbitrariedad, y habilita el control de la acción fiscal cuando se está frente a decisiones despóticas, tiránicas o carentes de toda fuente de legitimidad. Así, se declaró la nulidad en los Exps. N^{os}

4989-2006-PHC/TC, 3593-2009-PHC/TC-Piura, 3633-2009-PHC/TC-Ica y 3335-2012-PHC/TC-Lima.

v) Se está ante una decisión despótica y carente de legitimidad. Se vulneró el principio del *ne bis in idem* procesal toda vez que los delitos de organización criminal y patrocinio ilegal, imputados por la Fiscalía de la Nación en la Carpeta Fiscal N° 119-2018 (ahora Carpeta Fiscal N° 13-2021 y Expediente Judicial N° 14-2021), ya están siendo investigados en la Carpeta Fiscal N° 08-2018 (Expediente Judicial N° 4-2018) a cargo de la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos.

vi) El actual Congreso, bajo el argumento de que el anterior "lo blindó", tramitó la Denuncia Constitucional N° 247-2018, y mediante Resolución Legislativa N° 9-2020-2021, del 12 de febrero de 2021, declaró haber lugar a la formación de la causa por los delitos de organización criminal, patrocinio ilegal, cohecho pasivo específico, cohecho activo específico y tráfico de influencias; y mediante la Disposición Fiscal del 24 de marzo de 2021 se formalizó la nueva investigación que ya viene siendo procesada en la Carpeta Fiscal N° 8-2018, a cargo del fiscal supremo Jesús Fernández Alarcón.

vii) En cuanto a los hechos que constituyen delito de organización criminal, formalizado mediante la Disposición Fiscal N° 15, se describen los que tanto la Fiscalía de la Nación como el Congreso calificaron como delito de organización criminal (artículo 317 del Código Penal), pese a ello, mediante la Disposición Fiscal del 24 de marzo de 2021, emitida en la Carpeta Fiscal N° 119-2018 (ahora Carpeta Fiscal N° 13-2021 y Expediente Judicial N° 14-2021), ha formalizado nueva investigación preparatoria en su contra por el mismo delito y por los mismos hechos, vulnerándose el principio de *ne bis in idem*. Por cada delito que se descubriera posteriormente no se puede volver a imputar como delito de organización criminal dada su autonomía dogmática; y el Congreso de la República sigue abriendo investigaciones por el delito de organización criminal.

viii) También se afectó el principio de *ne bis in idem* procesal en cuanto al delito de patrocinio ilegal. La Disposición Fiscal del 24 de marzo de 2021 formalizó en su contra el delito de patrocinio ilegal, que ya fue materia de formalización en la Disposición Fiscal N° 15 del 19 de octubre de 2018. En todo caso, en esta última disposición la Fiscalía debió aclarar que el juez de Paz Letrado

Suplente o Supernumerario designado es Maico Reyner Fernández Morales, pero no debió abrir un nuevo proceso.

ix) El fiscal supremo solicitó, en su requerimiento del 18 de mayo de 2021, la desacumulación de los hechos 1 y 3 de la Carpeta Fiscal N° 13-2021. En este se reconoció, a través de una supuesta conexión procesal, consignada en los fundamentos 23 y 27, que se vulneró el principio de *ne bis in idem.* El JSIP, mediante su Resolución N° 2 del 24 de mayo de 2021, también reconoció esta vulneración por parte de la Disposición Fiscal del 24 de marzo de 2021, sin embargo, la aprobó.

x) Al no existir una vía específica para cuestionar la afectación al *ne bis in idem* procesal, es procedente la tutela de derechos contra la actuación fiscal arbitraria. El JSIP se equivoca al afirmar que la afectación al *ne bis in idem* procesal se podrá controlar cuando se resuelva el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° 2 del 24 de mayo de 2021, puesto que ello no enerva la violación a este derecho.

xi) Se indica que, a través de la acumulación, se elimina la afectación al *ne bis in idem* procesal, y ello no es así porque la acumulación no elimina uno de los hechos, los mismos persisten.

VII. ARGUMENTOS DEL FISCAL (acta de audiencia)

7.1 La representante del Ministerio Público, en la audiencia de apelación, sustentó lo siguiente:

i) La SPE, con fecha 6 de septiembre de 2021, confirmó la resolución del JSIP que resolvió desacumular los hechos 1 y 3 de la Carpeta Fiscal N° 13-2021 (antes 123-2018) que guarda relación con el Expediente 14-2021, y los derivó a la Carpeta Fiscal N° 8-2018, Expediente N° 4-2018.

ii) Al haberse unificado procesalmente ambas formalizaciones, todo se verá en un solo proceso y al momento de resolver no habrá ninguna duplicidad, no existiendo vulneración alguna al derecho del investigado, máxime cuando tiene expedito su derecho para hacerlo valer por las formas prescritas por ley.

iii) El JSIP cumplió con resolver, de acuerdo con su criterio, con la normativa sobre la materia, acogiéndose a lo señalado por el Acuerdo Plenario N° 4-2010 y la Casación N° 1-2011 vigentes, que establecen que no es posible cuestionar la DFCIP activando una vía de control judicial como la tutela de derechos. Si bien la

defensa indica que los citados criterios se encuentran desfasados, es una opinión particular no compartida.

iv) El Tribunal Constitucional ha resuelto en la STC N° 2048-2010-PHC-TC, que con la acumulación cesa cualquier agravio referido a una persecución penal múltiple.

VIII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS QUE SE DEBEN RESOLVER

En relación con los medios impugnatorios, el artículo 405.1, apartado c), del CPP prescribe que:

> Para la admisión del recurso, se requiere: [...] c. Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

Por su parte, de acuerdo con el principio de congruencia de los medios impugnatorios, previsto en el artículo 409 del CPP, el órgano judicial está delimitado objetiva y subjetivamente por los agravios contra la resolución que se cuestiona.

El recurso de apelación es formulado contra la Resolución N° 2 del 4 de junio de 2021, que declaró improcedente la tutela de derechos solicitada por el investigado Hinostroza Pariachi por vulneración al principio al *ne bis in idem* procesal en la investigación seguida en su contra en calidad de autor de los presuntos delitos de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado. Solicita de forma concreta que se declare la nulidad de la citada resolución y que se ordene que el JSIP emita nueva resolución en la que se pronuncie sobre el fondo del pedido de tutela de derechos. En tal sentido, es en estos extremos que ha de circunscribirse la decisión de este Tribunal.

IX. SUSTENTO NORMATIVO DEL CASO CONCRETO

9.1 La Constitución Política del Perú

i) El artículo 139.3 prevé que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

> 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.

9.2 CÓDIGO PROCESAL PENAL

i) El artículo 71 prevé, en cuanto a los derechos del imputado:

> 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.
> 3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.
> 4. 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.

9.3 PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

SALAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

i) El Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, de asunto "audiencia de tutela"[1], señaló:

[1] Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/78b00a004075b668b509f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_04-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID =78b00a004075b668b509f599ab657107.

18. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación [...].

ii) El Acuerdo Plenario N° 2-2012/CIJ-116 del 26 de marzo de 2012[2], de asunto "audiencia de tutela e imputación suficiente", estipula que:

6. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71 del Nuevo Código Procesal Penal – en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116. Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71 del NCPP.

iii) En el Recurso de Casación N° 1-2011-Piura, la Sala Penal Permanente señala lo siguiente[3]:

Segundo: VI. Que, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2010 [...] trató el tema de "audiencia de tutela", estableciéndose como doctrina jurisprudencial en su décimo octavo fundamento, que no era posible cuestionar la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria a través de una audiencia de tutela, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal, por cuanto, la vía de tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa que se encuentran enumerados en el artículo 71 del Código Procesal Penal, indicándose que la vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha [...].

Quinto. [...] es de mencionar que en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2010, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se estableció que no es posible cuestionar la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal; en consecuencia, debe cumplirse con dicho

[2] Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d6621c004075b4d9b3e3f399ab657107/Acuerdo%2BPlenario%2BN%C2%BA%2B02-2012-CJ-116.pdf?MOD=AJPERE S&CACHEID=d6621c004075b4d9b3e3f399ab657107.
[3] https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2020/07/Casacion01-2011Piura-1.pdf.

Acuerdo vigente mientras no sea modificado, conforme lo dispone el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales [...].

X. ANÁLISIS DEL CASO

Estando a los agravios expuestos por el apelante Hinostroza Pariachi contra la Resolución N° 2 del 4 de junio de 2021, emitida por el JSIP, que declaró improcedente la tutela de derechos planteada por la presunta vulneración al principio del *ne bis in idem* procesal, causada a través de la DFCIP del 24 de marzo de 2021, emitida por la fiscal de la Nación, corresponde analizar los siguientes puntos:

a) Naturaleza jurídica y finalidad de la tutela de derechos
b) Derechos protegidos por la tutela de derechos y su carácter residual
c) La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria
d) Caso concreto: análisis de la tutela de derechos sobre la alegada violación a la garantía del *ne bis in idem*

10.1 NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LA TUTELA DE DERECHOS

El instituto de la tutela de derechos es una institución jurídica nueva en el modelo procesal peruano; así, la doctrina sostiene que "no se conocen antecedentes normativos nacionales para la tutela en nuestro ordenamiento jurídico interno"[4]. Se trata de una garantía de específica relevancia procesal penal[5] y está contemplada en el artículo 71 del CPP que establece en el inciso 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"; detalla en el inciso 2 los derechos del imputado susceptibles de esta acción; y en el inciso 4 se prevé la audiencia de la tutela de derechos.

Sobre su naturaleza jurídica, SAN MARTÍN CASTRO[6] refiere que:

[4] BAZÁN CERDÁN, Fernando. *Audiencia de Tutela: Fundamentos Jurídicos (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116*). Lima: Revista del Poder Judicial. p. 70. Recuperada de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc/.
[5] *Ibidem*. p. 72.
[6] SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP. p. 407.

> La tutela de derechos, en consecuencia, se posiciona como un mecanismo del justiciable para frenar los actos de investigación realizados por el fiscal que puedan vulnerar las garantías legales y constitucionales reguladas en el CPP y en la Constitución, Si bien los actos de investigación del Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de una autoridad pública encargada de la persecución del delito —monopolio de la acción penal pública-, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad.

Asimismo, en cuanto a su finalidad, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116[7] sostiene que:

> 11. La finalidad esencial de tutela es, entonces, 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 en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, responsabilizando al fiscal o a la policía del agravio. en otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al 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.

De igual modo, la Casación N° 136-2013/Tacna del 11 de junio de 2014[8], prevé lo siguiente:

> 3.4 La tutela de derechos como institución procesal, tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada, se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal.

En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia han considerado que "la finalidad esencial [...] es la protección y resguardo de los derechos del imputado, su iniciativa le corresponde a su defensa"[9]. Entonces, puede ser instituida como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales del procesado, sirviendo de control a las acciones del fiscal o de la policía durante la investigación preliminar o preparatoria.

---

[7] Acuerdos Plenarios en materia penal-Poder Judicial del Perú. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/78b00a004075b668b509f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_04-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=78b00a004075b66 8b509f599ab657107.

[8] Recuperada de http://www.gacetapenal.com.pe/boletines-gpenal/ajuntosBol/Resolucion2919-2014.pdf.

[9] SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). Ob. Cit. p. 406.

La tutela de derechos puede ser solicitada por la defensa técnica del imputado antes de la etapa intermedia, ante el juez de la investigación preparatoria.

No obstante, conforme a lo preceptuado por el artículo 71 del CPP, su alcance de actuación se encuentra limitado a los casos allí expuestos, dado que su regulación tiene un contenido de protección fundamentalmente a los derechos de defensa, tal cual lo señala el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 (fundamento 18)[10]: "la vía de la tutela solo está habilitada para los casos en los que se vulnere alguno de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa", y a aquellos casos donde no existe una vía igualmente reparatoria; así el fundamento 14 precisa: "Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado".

10.2. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA TUTELA DE DERECHOS

Como se ha analizado precedentemente, el instituto jurídico de la tutela de derechos se constituye, entonces, en un instrumento que vela por la protección de los derechos fundamentales del imputado, contenidos en el artículo 71 del CPP. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116[11] ha sostenido, en el fundamento 10, que los derechos protegidos *taxativamente* a través de la audiencia de tutela son los siguientes:

> i) Conocimiento de los cargos incriminados, ii) conocimiento de las causas de la detención, iii) entrega de la orden de detención girada, iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, vi) defensa permanente por un abogado, vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, xi) no sufrir restricciones ilegales, y xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los fiscales, así como también protejan al afectado.

---

[10] Acuerdos Plenarios en materia penal-Poder Judicial del Perú. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/78b00a004075b668b509f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_04-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=78b00a004075b66 8b509f599ab657107.
[11] *Idem.*

Sobre la taxatividad afirmada, este mismo acuerdo plenario ha señalado, en su fundamento 14, que: "[…] lo expuesto en el fundamento precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 numerales del 1 al 3 del NCPP".

Precisamente, sobre el catálogo expreso de derechos protegidos por la tutela, también se ha pronunciado la Corte Suprema en diferentes casaciones, entre ellas, la Casación N° 136-2013/Tacna[12] del 11 de junio de 2014, cuando refiere:

> 3.4 […] No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v.gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos).
> […]
> 3.6 Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.
> 3.7 […] el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

Entre los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema, en la Casación N° 943-2019/Ventanilla del 10 de mayo de 2021[13], dado el uso de esta institución procesal de requerimiento de tutela, ha sostenido que la misma protege, específicamente, los siguientes cuatro supuestos:

> **Cuarto**. […] La acción de tutela es un remedio procesal que está circunscripta a un ámbito específico: el señalado taxativamente por el artículo 71, numeral 4, del Código Procesal Penal. Está referida a la tutela o protección de los derechos constitucionales y legales que dicho precepto contempla: **1)** Derecho de instrucción de derechos. **2)** Derechos instrumentales, específicos de defensa procesal (artículo 71, apartado 2, literales "a" al "d" del Código). **3)** Derecho a no ser sometido a medios o métodos indignos o que induzcan o alteren su libre voluntad, o que limiten indebidamente su voluntad (artículo

[12] Recuperada de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/03/No-presentar-requerimiento-de-confirmaci%C3%B3n-de-incautaci%C3%B3n-solo-produce-responsabilidad-administrativa-del-fiscal-y-no-nulidad-de-la-medida-Casaci%C3%B3n-136-2013-Tacna-Legis.pe_.pdf.
[13] Recuperada de http://www.gacetajuridica.com.pe/docs/casacion+943-2019.pdf.

> 71, apartado 2, literal "e" del Código). **4)** Derecho a ser examinado por un médico legista. Además es procedente cuando "el imputado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas (con exclusión de lo indicado en el punto tercero)" o de requerimientos ilegales. Su ámbito no puede extenderse y, por tanto, "judicializar" irregularmente el curso de la investigación preparatoria.

De lo expuesto, se aprecia que, sistemáticamente, los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema han tenido un rumbo de aplicación residual de la tutela de derechos, vinculados con el derecho de defensa, la instrucción de los derechos del imputado, a que no sea sometido a métodos que vulneran su dignidad, voluntad y, finalmente, a que, de ser el caso, sea examinado por un médico legista; y se extiende a aquellos que no tienen una vía específica de reclamo.

Ahora bien, es cierto que, en esa línea de protección de los derechos, en los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-(CJ-116 y N° 2-2012/CJ-116 se ha pronunciado sobre la excepcionalidad de la tutela de derechos en casos concretos referidos a la prueba ilícita y sobre la imputación necesaria (que en puridad son parte del contenido del derecho de defensa). Así, como veremos más adelante, el carácter residual de la tutela ha sido ampliamente incorporado en la aplicación de este mecanismo de protección.

10.3. CARÁCTER RESIDUAL DE LA TUTELA DE DERECHOS

El Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 ha sido expreso al reconocer el carácter residual de la tutela de derechos cuando señala que: "opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado" (fundamento 14, *in fine*). En el mismo sentido, se pronunció el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 (fundamento 9)[14] que estipuló: "Así las cosas, se entiende que el parágrafo 14 del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de 'residual', a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 NCPP, y que el parágrafo 18 fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP".

Asimismo, la doctrina procesal acota que "aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales, pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela"[15].

---

[14] Recuperado de https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20Extraordinario%20N2_2012.pdf.

[15] BAZÁN CERDÁN, Fernando. Audiencia de Tutela: Fundamentos Jurídicos (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116). Lima: Revista del Poder Judicial. p. 74. Recuperada de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedadc/.

Igualmente, la jurisprudencia suprema de esta SPE, sobre esta subsidiaridad, se ha pronunciado en la Apelación N° 5-2021-1 del 25 de mayo de 2021[16], señalando que:

> TERCERO. Es de significar que, dada la naturaleza residual de este remedio procesal, son objetos de tutela los actos propios del ejercicio de la persecución penal (actuaciones fiscales y/o policiales que concretizan los poderes instructivos y de promoción de la acción penal, respectivamente), los cuales no han de contar con una vía legal distinta para su revisión.

10.4. TUTELA DE DERECHOS Y LA DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Ahora bien, pasamos a analizar la tutela de derechos frente a la disposición fiscal de formalizar y continuar la investigación preparatoria. Sobre la naturaleza jurídica de esta disposición, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, en su fundamento 18, ha expresado lo siguiente:

> 18. [...]. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión [DFIP] es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

El citado acuerdo plenario agrega además que la disposición es una actuación unilateral del Ministerio Público "y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria".

Asimismo, la Sala Penal Permanente, en la Casación N° 01-2011-Piura del 8 de marzo de 2012[17], ha sostenido, respecto de la mencionada disposición fiscal, que:

> Cuarto. [...] si bien es cierto el inicio de la investigación preparatoria es decisión unilateral del Ministerio Público a través de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, conforme a lo establecido en el artículo 336 del Código Procesal Penal, también lo es, que

[16] Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/SalaPenalEPJ/s_salapenalE/as_paginas/as_resoluciones/?WCM_PI=1&WCM_Page.28f28f804e3fe2b28fe6ff661656052a=4.
[17] Recuperada de https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2020/07/Casacion01-2011Piura-1.pdf.

> para dicho efecto debe actuar con independencia de criterio y sujetándose a la Constitución y la Ley (debida motivación de las resoluciones judiciales) [...].

En la doctrina, GUERRERO PERALTA ha referido que "La disposición de formalización de la investigación preparatoria es un acto de promoción de la acción penal. No se trata, en estricto, de un acto de introducción de la pretensión penal pues esta se da en el periodo intermedio del proceso"[18].

En conclusión, la Corte Suprema ha sido específica y uniforme al sostener, sobre el cuestionamiento de la DFCIP, la imposibilidad de activar una vía de control judicial de la citada disposición fiscal, lo cual guarda relación con los derechos que contempla el artículo 71 del CPP, en tanto y en cuanto sobre lo concretizado en la DFCIP se han definido procesalmente una serie de mecanismos de control de legalidad que se encuentran regulados en el CPP; por lo tanto, corresponde el uso de los mismos, sin tener que acudir a la vía de tutela, ya que lo contrario significaría que esta se convierta en un cajón sin fondo que eliminaría el contenido de los demás institutos procesales, que constituyen igualmente vías de garantía sobre los principios constitucionales, llámese plazo razonable, legalidad, proporcionalidad, tipicidad, etc.

Ahora bien, el apelante en sus agravios expresa que la imposibilidad de cuestionar la DFCIP vía tutela de derechos es un razonamiento desfasado, puesto que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la nulidad del auto apertorio de instrucción que resultaría ser el símil de la formalización de la investigación preparatoria. Dicho argumento no es de recibo, primero, en atención a que las sentencias consignadas son vinculadas a situaciones previas a la aplicación del nuevo modelo procesal penal a través del Código Procesal Penal del 2004, donde los roles de los sujetos procesales y la estructura del proceso tienen una connotación diferente al modelo inquisitivo. Asimismo, cabe precisar que todas ellas (Exps. Nos 4989-2006-PHC/TC, 3593-2009-PHC/TC-Piura, 3633-2009-PHC/TC-Ica, 3335-2012-PHC/TC-Lima) están referidas a temas de imputación necesaria (que el Acuerdo Plenario N° 2-2012-CJ-116 de manera excepcional permite acudir a la vía de tutela); y, finalmente, dichas causas no tienen carácter vinculante ni tampoco se trata de jurisprudencia uniforme; así, por ejemplo, la primera resolución que cita en el Exp. N° 4989-2006-PHC/TC del 11 de diciembre de 2006[19], que declaró la nulidad de la resolución que abrió instrucción, cuenta con los votos discordantes que consideraron declarar improcedente la demanda de hábeas corpus por

[18] Citado en SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). Ob. Cit. p. 408.
[19] Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04989-2006-HC.pdf.

estimar que la resolución (el auto apertorio) no posee carácter firme y es inimpugnable.

10.5. DE LA TUTELA DE DERECHOS PLANTEADA POR EL INVESTIGADO CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

El apelante Hinostroza Pariachi argumentó en su requerimiento y medio impugnatorio que la DFCIP del 24 de marzo de 2021 (comunicada al JSIP el 26 de abril de 2021 y que fue aprobada el 13 de mayo de 2021) ha vulnerado la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, en tanto se le está procesando dos veces por el mismo hecho, violándose la garantía del *ne bis in idem* procesal. Agrega que se está ante una decisión despótica y carente de legitimidad y, por tanto, corresponde declarar la nulidad de la citada disposición fiscal.

10.5.1 Sobre su pretensión, debe indicarse los siguientes puntos:

a) La tutela de derechos, como se ha expuesto de los fundamentos precedentes, consiste en un mecanismo del cual hace uso el imputado ante acciones realizadas por la Policía Nacional o el Ministerio Público que vulneran sus derechos. Su finalidad es protectora y de garantía.

b) Asimismo, los derechos que protege la tutela se encuentran vinculados principalmente con el derecho de defensa, que están previstos específicamente en el artículo 71 del CPP, y con aquellos casos que no tienen una vía procedimental propia; en ese sentido, la protección de la tutela de derechos es residual.

c) De acuerdo con lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 y la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema, no es posible el control de la DFCIP mediante la tutela de derechos. Bajo ese razonamiento, el mencionado acuerdo ha precisado que la disposición de formalización de la investigación preparatoria cumple una función garantista, comunicando al imputado el contenido descrito en el artículo 336 del CPP y dada su naturaleza no será posible: *i)* ni impugnarla, *ii)* ni dejarla sin efecto. Los mecanismos en defensa de los intereses de las partes frente a la DFCIP se encuentran regulados a través de otras herramientas procesales y según su propio trámite.

d) La pretensión concreta del recurrente es que se declare la nulidad de la DFCIP del 24 de marzo de 2021, lo que, en concordancia con la decisión emitida por las Salas Supremas (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116), no es posible jurídicamente.

10.5.2. En relación con el argumento del impugnante Hinostroza Pariachi, de que con la desacumulación y acumulación de hechos, producida entre los procesos de la Carpeta Fiscal N° 13-2021 (Expediente Judicial N° 14-2021) y la Carpeta Fiscal N° 08-2018 (Expediente Judicial N° 4-2018), no ha cesado la vulneración del *ne bis in idem* procesal, es necesario señalar lo siguiente:

El Tribunal Constitucional, en el Exp. Nº 2050-2002-HC/TC[20], sobre el citado derecho, ha estipulado:

> 18. El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución [...]. [Subrayado agregado].

Ahora bien, al ser la tutela de derechos un mecanismo que protege derechos vinculados a la defensa, que *no* poseen vía propia para su protección, el derecho de no ser procesado dos veces por el mismo hecho (*ne bis in idem* procesal) puede hacerse valer por las vías procesales correspondientes, como lo son las excepciones o la acumulación, conforme lo ha previsto el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02048-2010-PHC/TC del 9 de agosto de 2010[21]:

> 4. Que siendo la finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental a la libertad personal o un derecho conexo a éste, en el presente caso carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el asunto controvertido al haber operado la sustracción de la materia justiciable, toda vez que el alegado agravio al derecho a la libertad personal que habría constituido la vulneración al principio *ne bis in ídem* en su vertiente procesal, esto es la cuestionada duplicidad de procesos penales en su contra, ha cesado con la emisión de la resolución judicial que dispuso su acumulación, resultando que a la fecha, el recurrente, por los hechos que se le imputan, se encuentra instruido ante el Décimotercer Juzgado Penal de Lima, órgano judicial en donde tiene expedito obviamente su derecho a hacerlo valer conforme a ley. [Subrayado agregado].

En ese sentido, en jurisprudencia reciente, también ha señalado lo siguiente en el Recurso de Casación N° 943-2019/Ventanilla del 10 de mayo de 2021[22]:

[20] Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html.
[21] Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02048-2010-HC%20Resolucion.html.
[22] Recuperada de http://www.gacetajuridica.com.pe/docs/casacion+943-2019.pdf.

Caso: improcedente solicitud de nulidad de la disposición fiscal de acumulación de carpetas, en vía de acción de tutela de derechos:

> Quinto. [...]La desestimación de la acción de tutela [...] es jurídicamente correcta. La acción de tutela no está contemplada para cuestionar toda supuesta ilegalidad cometida en el curso del procedimiento preparatorio, solo respecto de determinados –aunque desde una concepción amplia- de los derechos constitucionales y legales expresamente habilitados por la ley procesal. El procedimiento de investigación preparatoria, bajo el señorío del Ministerio Público, tiene cauces de flexibilidad y legalidad que el órgano jurisdiccional no puede restringir irrazonablemente. La acumulación o desacumulaciòn de investigaciones es una potestad propia de la conducción de la investigación en función al denominado factor de "conexidad", sustancial o procesal, por razón de vínculos lógicos y sustanciales entre personas y delitos, entre los que se encuentra el concurso reciproco, que es el caso investigar conjuntamente. [...]. [Subrayado agregado].

Bajo el mismo razonamiento, la doctrina ha sugerido, como vías adecuadas para remediar el doble juzgamiento, lo siguiente[23]:

> IX. NON BIS IN ÍDEM. Efectos
> En los supuestos de doble persecución sucesiva el principio podrá hacerse valer invocando la excepción de cosa juzgada, que implica la imposibilidad de revisar, o de intentar hacerlo en contra del imputado, una sentencia firme de absolución (o sobreseimiento) o de condena (la que sí puede ser revisada, pero sólo a favor de aquél). En caso de doble persecución simultánea, el principio podrá hacerse valer interponiendo una suerte de excepción de litis pendentia, procurando la unificación de los procesos. [Subrayado agregado].

En consecuencia, el agravio expresado en lo concerniente a que no existe una vía resarcitoria igualmente satisfactoria, y que la desacumulación y acumulación de procesos no remedia la vulneración al principio de prohibición del doble juzgamiento tampoco es admisible, ya que precisamente la acumulación de los hechos u objetos del proceso en una solo causa tiene como efecto procesal la unidad del objeto del proceso, por lo que no es correcto afirmar que en el mismo proceso judicial coexisten dos hechos idénticos, al haberse convertido en uno solo con las consecuencias procesales que ello conlleva.

10.5.3. Sobre el pedido de nulidad de la Resolución Nº 2 del 4 de junio de 2021 (folios 248-269), que declaró improcedente la tutela de derechos.

10.5.4. La pretensión impugnatoria se ha concretizado en la nulidad de la resolución materia de alzada, dado que se señala que no se habría

[23] CAFFERATA NORES, José y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal*. pp. 163 y 164. Recuperado de http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9c56835f-Manual.Cordoba.pdf.

realizado un análisis de fondo del requerimiento de tutela de derechos. Al respecto:

10.5.5. La nulidad de actos se trata de un remedio procesal que tiene como objeto la revisión de la actividad procesal cuando presenta irregularidades estructurales determinantes de su ineficacia[24]. En ese sentido, su regulación normativa se encuentra prevista en el artículo 149 del CPP, que indica sobre la taxatividad de la nulidad que: "La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la Ley". Asimismo, el artículo 150 del mismo cuerpo de ley establece, 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: [...] d) a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución". Por su parte, el artículo 171 del Código Procesal Civil prevé que: "La nulidad se sanciona solo 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 [...]".

10.5.6. La resolución apelada no contiene ningún vicio de nulidad, en tanto se ha pronunciado sobre un presupuesto de la tutela de derechos, que impediría ingresar al análisis de fondo de la causa, en tanto el juez consideró que la desacumulación y acumulación de los hechos atribuidos en las dos carpetas fiscales (Nos 8-2018 y 13-2021) era la vía adecuada para conjurar cualquier afectación al *ne bis in idem*, aplicando por lo demás el Acuerdo Plenario Nº 04-2010/CJ-116. En ese sentido, se tiene que la resolución se encuentra motivada, dando las razones de hecho como de derecho para la toma de decisión; siendo que, frente a una pretensión, el órgano judicial tiene varias posibilidades, y una de ellas es, precisamente, la declaración de improcedencia cuando la misma no tiene amparo legal en la vía requerida; por lo que no aparece una falta de motivación respecto del análisis del fondo de la controversia sobre el *ne bis in idem* procesal, más cuando justamente había sido resuelta en otro incidente (de desacumulación y acumulación), con lo cual se daba respuesta al justiciable.

10.5.7. Por consiguiente, en concordancia con el ámbito de protección de derechos por parte de la tutela, que limita su protección a aquellos contemplados en el artículo 71 del CPP, el derecho del *ne bis in idem* procesal, que forma parte del debido proceso, fue resuelto con la decisión de desacumulación y acumulación de los hechos imputados en

[24] San Martin Castro, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones, conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Inpeccp-Cenales. p. 774.

las dos Carpetas Fiscales NOS 8-2018 y 13-2021, en la Resolución Nº 2 del 24 de mayo de 2021 (folios 950-972), confirmado por esta SPE por resolución de fecha 6 de septiembre de 2021.

DECISIÓN

Por todo lo expuesto, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación formulado por el investigado CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Resolución N° 2 del 4 de junio de 2021, emitida por Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (folios 248-269), que declaró:

> **I. IMPROCEDENTE** la tutela de derechos solicitada por la defensa técnica del investigado César José Hinostroza Pariachi en la investigación preparatoria seguida en su contra, en calidad de autor de los presuntos delitos de tráfico de influencias y otros, en agravio del Estado.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución con arreglo a ley.

S.S

VILLA BONILLA

NEYRA FLORES

GROSSMANN CASAS

EGC/rlc

LPDERECHO.PE