

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N.º 186-2022/SUPREMA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Encubrimiento personal. Tutela de Derechos. Derecho de defensa

Sumilla **1.** El Código Procesal Penal, siguiendo parcialmente su fuente colombiana materia del Código de ese país y de la reforma operada por la Ley 81 de mil novecientos noventa y tres, autoriza al fiscal a ordenar previamente la realización de diligencias preliminares o directamente a dictar la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (ex artículos 330, 334, apartado 1, y 336 del CPP). Dada la estructura normativa del CPP, no está prevista una institución anterior a las diligencias preliminares, como sería la indagación previa u otra similar, desde que la primera precisamente existe cuando sea del caso precisar fácticamente la viabilidad de la promoción de la acción penal. **2.** En el presente caso se llevó a cabo esta actuación previa, que importó la declaración de Gonzáles Fernández, quien se ratificó en lo que declaró ante un medio de comunicación social. Tal declaración, en estas condiciones, no tiene eficacia procesal alguna. Sin embargo, como se repitió ya instaurada las diligencias preliminares y con la asistencia de la defensa del investigado CASTILLO TERRONES, no es posible sostener que se ocasionó una indefensión material al imputado, en tanto en cuanto solo puede considerarse testimonial sumarial válida la realizada con el concurso de los sujetos procesales. La nulidad procesal, como se sabe, no solo requiere la infracción de una norma determinada, sino también que haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes (indefensión material: principio de trascendencia). **3.** En cuanto a la posibilidad de investigar a un presidente de la República en funciones por un delito distinto de los previstos en el artículo 117 de la Constitución, este Tribunal Supremo ya se pronunció ampliamente en la Ejecutoria Suprema RA 131-2022/Corte Suprema, de dieciocho de noviembre de dos mil veintidós. Es posible realizar diligencias preliminares mas no dictar la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, pues se requiere la previa resolución acusatoria de contenido penal dictada por el Congreso.

–AUTO DE APELACIÓN SUPREMA–

Lima, veintiuno de febrero de dos mil veintitrés

AUTOS y VISTOS; en audiencia pública: el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES contra el auto de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de diecinueve de agosto de dos mil veintidós, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos que planteó para que se deje sin efecto la disposición uno de la Fiscal de la Nación, de diecinueve de julio de dos mil veintidós, el acta de declaración testimonial de Cosme Mariano Gonzáles Fernández, ex ministro del Interior, y todo acto posterior; con todo lo demás que al respecto



contiene. En las diligencias preliminares seguidas en su contra por delito de encubrimiento personal en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. ANTECEDENTES

PRIMERO. Que el día diecinueve de julio de dos mil veintidós el ex ministro del Interior, Cosme Mariano Gonzales Fernández, concedió una entrevista a la periodista Claudia Chiroque en el programa 2022, transmitido por Panamericana de Televisión, canal 5, ocasión en la que afirmó que el presidente JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES estaría incurriendo en obstrucción a la justicia. En tal virtud, la Fiscalía de la Nación, por disposición Uno, de la misma fecha, corriente a fojas ochenta y tres del cuaderno de apelación formado en esta Sala Suprema, ordenó con carácter previo tomar la declaración de ex ministro Gonzáles Fernández el día veinte de julio de dos mil veintidós, diligencia que efectivamente se realizó conforme al acta de fojas ochenta y cuatro del citado cuaderno de apelación.

∞ Recibida dicha testimonial, la Fiscal de la Nación por Disposición Dos, de fojas noventa del citado cuaderno de apelación, de veinte de julio de dos mil, decidió iniciar Diligencias Preliminares contra JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES en su condición de presidente de la República por delito de encubrimiento personal en agravio del Estado.

∞ La indicada disposición atribuyó como hechos objeto de averiguación al presidente de la República JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES haber sustraído al exministro de Transportes y Comunicaciones Juan Francisco Silva Villegas, al exsecretario presidencial Arnulfo Bruno Pacheco Castillo y a su sobrino Fray Vásquez Castillo, de la ejecución de las medidas coercitivas personales que recaen contra ellos. Señaló la aludida disposición que el mandatario, una vez que el entonces ministro del Interior Cosme Mariano Gonzáles Fernández, a través de la Resolución Ministerial 0903-2022-IN, de dieciocho de julio de dos mil veintidós, conformó el “Equipo Especial de Apoyo al Equipo Especial de Fiscales contra la Corrupción del Poder” –que, entre otras tareas, coadyuvaría, aplicando técnicas de investigación e inteligencia, a la ubicación y captura de Silva Villegas, Pacheco Castillo y Vásquez Castillo–, decidió removerlo y designar en su reemplazo a Willy Arturo Huerta Olivas, sin tener en cuenta el procedimiento que debe seguir para ejercer la prerrogativa prevista en el artículo 122 de la Constitución. El propósito de esta remoción fue sustraer de la acción de la justicia a los investigados Juan Francisco Silva Villegas, Arnulfo Bruno Pacheco Castillo y Fray Vásquez Castillo.

SEGUNDO. Que contra esta disposición el encausado CASTILLO TERRONES dedujo nulidad por escrito de fojas diecinueve, de veintiuno de julio de dos mil veintidós, a fin de que se deje sin efecto la declaración testimonial del ex ministro del Interior Cosme Mariano Gonzáles Fernández, y todo acto posterior. Alegó que se inobservó el procedimiento preestablecido por ley (artículos 329 y 330 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP); que la Fiscal de la Nación inició actos de investigación (tomar una declaración) sin dar inicio a las diligencias preliminares, lo que tampoco notificó a su parte; que ello vulneró el principio de legalidad y el derecho a la defensa, pues no pudo participar en dicha diligencia ni interrogar al testigo, pese a que el artículo 84 del CPP lo faculta actuar en todas las diligencias.

∞ La nulidad deducida fue corregida y precisada por escrito de fojas ciento diez, de veintidós de julio de dos mil veintidós. Asimismo, por escrito de fojas ciento doce, de la misma fecha, se planteó como argumento principal para la nulidad el incumplimiento del artículo 117 de la Constitución.

∞ Por disposición Tres, de uno de agosto de dos mil veintidós, la Fiscalía de la Nación declaró infundada la nulidad. Mediante disposición de igual numeración y fecha se amplió la diligencia preliminar por el delito de organización criminal en agravio del Estado, en la que se incorporó, además del investigado CASTILLO TERRONES, a Beder Ramón Camacho Gaeda y Eder Vitón Burga (a estos últimos por los delitos de encubrimiento personal y organización criminal).

§ 2. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA DEL INVESTIGADO

TERCERO. Que el investigado CASTILLO TERRONES en su recurso de apelación de fojas ciento veinticinco, de veintiséis de agosto de dos mil veintidós, instó se anule o se revoque el auto de primera instancia que denegó su tutela de derechos. Alegó que, a su juicio, se incurrió en una motivación omisiva o inexistente, desde que no se señaló las razones por las que existe un vacío o deficiencia de la ley procesal penal; que existe error al concluirse que la indagación previa, al no tener regulación específica, constituye un vacío o deficiencia de la ley; que se produjo una incorrecta aplicación del artículo 139, numeral 8, de la Constitución porque la indagación previa no ha sido expresamente regulada por el Código Procesal Penal; que la ausencia de regulación no puede ser integrada por una norma de rango infra legal, como es la Instrucción General 1-2018-MP-FN; que se inaplicaron los principios generales del Derecho; que se debe partir de la institución de la “calificación de la denuncia”, de suerte que cuando el CPP otorga al Fiscal esa facultad solo lo autoriza a evaluar la denuncia, no ha realizar actos de indagación previa.



§ 3. DEL ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

CUARTO. Que el procedimiento impugnativo se ha desarrollado conforme se detalla a continuación:

1. La defensa del investigado JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES mediante escrito de fojas tres, de cinco de agosto de dos mil veintidós, promovió tutela de derechos al órgano judicial para que se deje sin efecto la Disposición Uno, de diecinueve de julio de dos mil veintidós, el acta de declaración testimonial del ex ministro Cosme Mariano Gonzáles Fernández, y todo acto posterior. Arguyó que se inobservó el derecho al debido proceso –en su manifestación del principio de legalidad procesal– y el derecho de defensa porque no fue notificado con la Disposición Una e iniciar diligencias sin la presencia de la defensa técnica, lo que vulneró el derecho de defensa al no poder participar en la diligencia ni interrogar al testigo; que no cabe la figura de indagación y tampoco es posible investigar preliminarmente al presidente de la República; que se afectó su derecho a participar de todas la diligencias fiscales o jurisdiccionales conforme al artículo 84 del CPP, y el derecho de interrogar a los testigos según el artículo 8, numeral 2, literal f), de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14, literal e), del Pacto de derechos civiles y políticos, por lo que la diligencia esa declaración y la disposición Una, son nulas de pleno derecho.
2. Conforme al acta de audiencia pública de tutela de derechos virtual de fojas sesenta y tres, de doce de agosto de dos mil veintidós, concurrió a ella el representante del Ministerio Público, el investigado CASTILLO TERRONES y su abogado defensor. En dicha audiencia el señor Fiscal Adjunto Supremo sostuvo que por disposición Cinco se recibió la declaración del señor Gonzales Fernández y la defensa mediante su escrito de tres de agosto de dos mil veintidós presentó un pedido de reprogramación de la diligencia de declaración testimonial para establecer su estrategia y examinar al testigo, el cual mediante providencia Quince fue admitido y consecuentemente su pedido de participar en la diligencia se garantizó en las diligencias preliminares. Por su parte, en la audiencia la defensa negó la existencia de la figura de actos de indagación previos a las diligencias preliminares. El testigo Cosme Mariano Gonzáles Fernández prestó testimonial a las diecisiete horas con la intervención del investigado y su defensor.
3. El Juez Supremo de la Investigación Preparatoria por auto de fojas ochenta y nueve, de diecinueve de agosto de dos mil veintidós, declaró infundada la solicitud de tutela de derechos. Consideró que:
 - A. Los hechos fueron conocidos por fuente abierta, a través de una entrevista difundida por un medio de comunicación social. Conforme al artículo 328, inciso 1, del Código Procesal Penal, la denuncia

requiere de una narración detallada y veraz. Por ello se tuvo la urgencia de contar con la declaración sobre la versión expuesta en prensa a fin de valorar la existencia de sospecha simple para iniciar la investigación preliminar pertinente y si se justificaba la apertura de diligencias preliminares.

- B.** Como consecuencia de la declaración testimonial del denunciante Cosme Mariano Gonzáles Fernández, se pudo individualizar al presunto autor de los hechos, se estableció el hecho materia de investigación y se concretó una imputación mínimamente circunstanciada a nivel de sospecha inicial que justificaría las diligencias preliminares.
- A.** La actuación fiscal se dio en el marco previo a la calificación de la denuncia, por lo que de forma alguna correspondía notificar a su defensa la Disposición Una. La declaración de Cosme Mariano Gonzáles Fernández se llevó a cabo sin la participación de la defensa del Castillo Terrones, pero se trató de un acto previo y era válida.
- B.** La nulidad y la solicitud de tutela de derechos han tenido como argumento esencial que el Ministerio Público no dispuso abrir diligencias preliminares antes de tomar la declaración y que no era posible legalmente disponer una indagación previa. Sin embargo, la Fiscalía reafirmó esta posibilidad de indagación previa a fin de evitar iniciar procedimientos penales arbitrarios y determinar si existe la requerida sospecha inicial.
- C.** El Ministerio Público está facultado a realizar averiguaciones previas, las mismas que servirán sólo para establecer si se debe o no iniciar la investigación preliminar. Conforme al artículo 139, numeral 8, de la Constitución no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley. Es de aplicación el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
- D.** Conforme se estableció en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, literal A, Fundamento 24, se requiere de sospecha inicial simple justificada en hechos concretos con cierto nivel de delimitación lo que faculta la apertura de investigación preliminar, de lo contrario no se podría. Según la citada sentencia plenaria cuando el fiscal toma conocimiento de la posible comisión del delito no puede permanecer inerte, sino que razonablemente y acorde a sus atribuciones debe realizar una averiguación mínima. En atención al artículo 334 del Código Procesal Penal, es el Ministerio Público quien controla el ejercicio de la acción penal monopólica de la investigación y el encargado de realizar los actos iniciales a fin que la denuncia se apoye en hechos concretos.
- E.** No puede sostenerse que exista la desviación del procedimiento establecido que la defensa argumenta si se previó la posibilidad de

realizar actuaciones previas a la calificación de la denuncia (artículos 326 y 329 del Código Procesal Penal). La posibilidad de indagación previa está prevista en la Instrucción General 1-2018-MP-FN, de diecinueve de julio de dos mil dieciocho, denominado “Lineamientos para la Gestión de Denuncias de Casos”, en su acápite 6.1, literal D), que define previo o actuaciones previas como las diligencias mínimas previas e inmediatas destinadas a la calificación de la denuncia. Lo que además está sustentado en principios, normativa y jurisprudencia previamente citada.

F. La sospecha inicial simple requiere un apoyo justificado (indicios procedimentales o facticos con cierto nivel de delimitación). Las indagaciones previas no son actos de investigación, toda actuación previa que propiamente no es parte del proceso penal, no constituye acto de investigación y menos de prueba, puesto que solo están orientadas a calificar una denuncia. Al calificar el acto de declaración brindada por Gonzáles Fernández recibida el veinte de julio dos mil veintidós como declaración testimonial o indagación previa se utilizó para determinar el inicio de la investigación, en tal sentido no tiene calidad de acto de investigación. Mientras no hay investigado no puede haber vulneración del derecho de defensa.

G. Iniciadas las diligencias preliminares se notificó debidamente al Castillo Terrones con la Disposición garantizando su derecho a participar. No advirtiéndose afectación alguna a los derechos del solicitante.

4. Contra este auto la defensa de Castillo Terrones interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento veinticinco de veintiséis de agosto de dos mil veintidós.

QUINTO. Que, elevado el expediente a este Tribunal Supremo, se declaró bien concedido el recurso de apelación por Ejecutoria de fojas setenta y siete, de veinte de octubre de dos mil veintidós. Por decreto de fojas ciento cuarenta y seis, de trece de enero de dos mil veintitrés, se señaló día y hora para audiencia de apelación el día de la fecha.

∞ La audiencia de apelación se celebró ese día con la intervención de la defensa del encausado CASTILLO TERRONES, doctor Eduardo Remi Pachas Palacios, de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Sylvia Jacqueline Sack Ramos, y del abobado delegado de la Procuraduría General del Estado, doctor Joel Enrique Córdova Rojas, según acta adjunta.

SEXTO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el



número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde dictar el auto de vista supremo pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura en apelación, según los motivos impugnativos ya glosados, se circunscribe a determinar si las disposiciones de la Fiscalía de la Nación Una, Dos y Tres son jurídicamente correctas, si no se produjo una nulidad absoluta en la disposición de iniciar actuaciones previas y tomar la declaración a Cosme Mariano Gonzales Fernández, y si las actuaciones ulteriores no vulneraron un derecho fundamental, es especial las limitaciones previstas en el artículo 117 de la Constitución.

SEGUNDO. Que, ante la entrevista televisiva del ex ministro del Interior Cosme Mariano Gonzáles Fernández y lo que éste expresó, la Fiscalía de la Nación dispuso tomar su testimonial bajo la figura de “actuación previa” [vid.: fojas ochenta y tres del cuaderno de apelación, de diecinueve de julio de dos mil veintidós], la que una vez efectivizada, sin la intervención de terceras personas o sujetos procesales [vid.: fojas ochenta y cinco del cuaderno de apelación], dio lugar a la formación de las diligencias preliminares conforme a los artículos 330 y 334, apartado 2, del CPP [vid.: disposición Dos, de fojas noventa del cuaderno de apelación, de veinte de julio de dos mil veintidós].

∞ En este marco, como señaló el señor fiscal adjunto supremo en lo Penal, se recibió la testimonial del ex ministro Gonzales Fernández, esta vez con la plena intervención de la defensa del investigado CASTILLO TERRONES. En la referida testimonial también intervino la Procuraduría Pública del Estado y la defensa del encausado Beder Ramón Camacho Gadea. Así consta de la declaración de fojas setenta y tres del cuaderno originario, de doce de agosto de dos mil veintidós. Además, la referida declaración no concluyó ese día; se suspendió para el día dieciocho de agosto, ocasión en que, pese a la asistencia de los mismos letrados que asistieron en la primera ocasión, se reprogramó a solicitud del testigo para el día tres de septiembre de dos mil dos, ocasionó en que concluyó la diligencia, pero sin la asistencia de la defensa del investigado Castillo Terrones.

TERCERO. Que es de precisar que el Código Procesal Penal, siguiendo parcialmente su fuente colombiana materia del Código de Procedimiento Penales de ese país y de la reforma operada por la Ley 81 de mil novecientos noventa y tres [MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: Procedimiento Penal Colombiano, 8va. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1994, p. 224], autoriza al fiscal a ordenar previamente la realización de diligencias preliminares o directamente a dictar la disposición de formalización y continuación de la

investigación preparatoria (ex artículos 330, 334, apartado 1, y 336 del CPP). Dada la estructura normativa del CPP, no está prevista una institución anterior a las diligencias preliminares, como sería la indagación previa u otra similar, desde que la primera precisamente existe cuando sea del caso precisar fácticamente la viabilidad de la promoción de la acción penal. Es de recordar, empero, que esta regulación presenta excepciones en los denominados actos iniciales y en las diligencias de prevención policiales (cfr.: artículos 195, numerales 1 y 2, primer párrafo, y 67, numeral, 1 del CPP).

∞ Cabe reconocer, asimismo, la vigencia del principio de exclusividad de regulación por norma de rango legal de las bases del proceso penal (cfr.: artículo 138, primer párrafo, de la Constitución y artículo I, numeral 2, del CPP), salvo en asuntos de mera ordenación, autorizados legalmente, siempre y cuando no se desnaturalicen sus alcances. Desde luego, no es una norma de mera ordenación instituir una nueva institución procesal distinta de la prevista en el Código Procesal Penal. Los actos de ordenación son el conjunto de actividades encaminadas a lograr el normal desarrollo del procedimiento y asegurar su eficacia, que comprenden actos de impulso, dirección y constancia. Será posible, como se indicó en el auto supremo 58-2022/Suprema, de veintitrés de agosto de dos mil veintidós, obtener previamente determinada información preconstituida que conste en los archivos de la institución o en otra entidad, sin que ello importe realización de actuaciones de investigación, como sería recibir una testimonial.

CUARTO. Que, ahora bien, en el presente caso se llevó a cabo esta actuación previa, que importó la declaración de Gonzáles Fernández, quien se ratificó en lo que declaró ante un medio de comunicación social. Tal declaración, en estas condiciones, no tiene eficacia procesal alguna. Sin embargo, como se realizó ya instaurada las diligencias preliminares y con la inicial asistencia de la defensa del investigado CASTILLO TERRONES –que luego no estuvo presente en la parte final de la misma–, no es posible sostener que se ocasionó una indefensión material al imputado, en tanto en cuanto solo puede considerarse testimonial sumarial válida la realizada con el concurso de los sujetos procesales o, por lo menos, con su citación válida.

∞ La nulidad procesal, como se sabe, no solo requiere la infracción de una norma determinada, sino también que haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes (indefensión material: principio de trascendencia). En tanto en cuanto, ya se produjo la testimonial del ex ministro Cosme Mariano Gonzales Fernández con la intervención de la defensa y ésta es el acto procesal válido, no es del caso declarar nulidad alguna. Tratándose de la testimonial en sede sumarial lo central es la posibilidad de contradicción; el imputado ha de tener una oportunidad adecuada y suficiente para impugnar las pruebas en su contra y para interrogar al autor de las mismas (testigo de cargo), en el momento de la declaración o después, sin recortar en el proceso

su derecho a interrogar [cfr.: STEDH Lucá vs. Italia, párrafo 39, de 27 de mayo de 2001]. Esto último es lo que ha ocurrido con la declaración de fechas doce de agosto y tres de septiembre de dos mil veintidós.

QUINTO. Que, en cuanto a la posibilidad de investigar a un presidente de la República en funciones por un delito distinto de los previstos en el artículo 117 de la Constitución, este Tribunal Supremo ya se pronunció ampliamente en la Ejecutoria Suprema RA 131-2022/Corte Suprema, de dieciocho de noviembre de dos mil veintidós. Es posible realizar diligencias preliminares mas no dictar la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, pues se requiere la previa resolución acusatoria de contenido penal dictada por el Congreso. Una cosa es “acusación” en términos del Derecho parlamentario y otra “investigación preliminar o diligencias preliminares” y, luego, disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria –inculpación formal– en términos del Derecho procesal penal [vid.: artículos 99 y 100 de la Constitución, y artículos 330, 334, 336 y 450 del CPP]. Ambas instituciones no se contraponen, sino que se integran, de suerte que la resolución acusatoria del Congreso es una condición o requisito de procedibilidad necesaria para dictar el procesamiento penal o inculpación formal en sede jurisdiccional.

∞ No se ha introducido argumento adicional alguno que permita variar esta línea jurisprudencial.

∞ Por consiguiente, el recurso defensivo debe desestimarse. Así se declara.

SEXTO. Que para los efectos de las costas es de aplicación el artículo 497, apartado 1, del CPP. No cabe su imposición por tratarse de una resolución interlocutoria.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES contra el auto de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de diecinueve de agosto de dos mil veintidós, que declaró infundada la solicitud de tutela de derechos que planteó para que se deje sin efecto la disposición uno de la Fiscal de la Nación, de diecinueve de julio de dos mil veintidós, el acta de declaración testimonial de Cosme Mariano Gonzáles Fernández, ex ministro del Interior, y todo acto posterior; con todo lo demás que al respecto contiene. En las diligencias preliminares seguidas en su contra por delito de encubrimiento personal en agravio del Estado. En consecuencia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia. **II.** Sin costas. **III.** **ORDENARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Juzgado Supremo de

la Investigación Preparatoria para los fines de ley, al que se enviarán las actuaciones; registrándose. **IV. MANDARON** se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJAN TÚPEZ

ALTABAS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR