



### **Apelación fundada y tutela de derechos**

**I.** En la *litis*, mediante escrito, BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA solicitó copias certificadas de la deposición de José Luis Conga Bautista; sin embargo, a través de la providencia del cinco de enero de dos mil veintidós, se desestimó el pedido. Entre otros aspectos, se apuntó que la referida no es parte procesal en la investigación fiscal seguida contra el citado inculpado, por lo que no está legitimada para recibir información sobre las actuaciones procesales; además, se anotó que la indagación es reservada.

**II.** Si la Fiscalía optó por investigar los mismos hechos en las Carpetas Fiscales n.º 68-2019 y n.º 1-2020, debió garantizar el cabal ejercicio del derecho de defensa de BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA y, como tal, permitirle conocer lo que el coprocesado José Luis Conga Bautista u otro órgano de prueba le está atribuyendo. En esas condiciones, al órgano jurisdiccional le corresponde, sin violar la reserva de ley, tutelar los derechos conculcados y proscribir su afectación. Ha de resguardarse la defensa procesal.

En ese contexto, concierne incorporar en la Carpeta n.º 68-2019 la parte pertinente de la declaración del investigado José Luis Conga Bautista, realizada como parte de los actos de investigación de la Carpeta n.º 1-2020; tanto más si, tras la convocatoria realizada a este último para declarar en la primera indagación, guardó silencio, bajo la justificación de que está siendo investigado por los mismos hechos.

En consecuencia, concierne estimar en parte el recurso de apelación, revocar el auto de primera instancia y declarar fundada la solicitud de tutela de derechos. En lo específico, la Fiscalía competente deberá expedir copia certificada de la deposición de José Luis Conga Bautista, a efectos de anexarla en la investigación seguida contra BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

## **Sala Penal Permanente**

### **Recurso de Apelación n.º 161-2022/Lima Sur**

#### **AUTO DE APELACIÓN**

Lima, veintiocho de marzo de dos mil veintitrés

**AUTOS Y VISTOS:** el recurso de apelación interpuesto por la encausada BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA contra el auto de primera instancia, del cuatro de mayo de dos mil veintidós (foja 26), corregido por resolución del dieciséis de mayo de dos mil veintidós (foja 38) y emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos; en el proceso penal que se le sigue por los delitos contra la administración pública-cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.



## CONSIDERANDO

### § I. Del procedimiento en primera instancia

**Primero.** A través del escrito del veintiséis de abril de dos mil veintidós (foja 2), BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA promovió tutela de derechos.

Sin embargo, mediante auto de primera instancia, del cuatro de mayo de dos mil veintidós (foja 26), corregido por resolución del dieciséis de mayo de dos mil veintidós (foja 38), se declaró improcedente la aludida tutela de derechos.

En esa línea, se indicó lo siguiente:

En primer lugar, está siendo investigada por actos de corrupción en la Capeta Fiscal n.º 68-2019.

En segundo lugar, la tutela de derechos ha sido reservada para quienes son investigados o imputados. Luego, MALÁSQUEZ AZAÑA no tiene dicha condición en los actuados en que declaró José Luis Conga Bautista, esto es, la Carpeta Fiscal n.º 1-2020. Además, de acuerdo con el artículo 324, numeral 1, del Código Procesal Penal, la indagación fiscal tiene carácter reservado, salvo para las partes involucradas.

En tercer lugar, existen mecanismos procesales para acceder a la información de otra carpeta fiscal, entre ellos, la acumulación procesal.

**Segundo.** Contra el auto de primera instancia, BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA interpuso el recurso de apelación del once de mayo de dos mil veintidós (foja 34).

Denunció la infracción del principio jurisdiccional de la motivación de las resoluciones judiciales. Señaló que no se realizó una investigación imparcial. Sostuvo que promovió la tutela de derechos, a fin de que se incorpore a la indagación respectiva la declaración de José Luis Conga Bautista, en la Carpeta Fiscal n.º 1-2020, la cual resulta relevante para ejercer su derecho de defensa. Afirmó que la representante del Ministerio Público denegó la solicitud de copias de la aludida testimonial. Aseveró que no se respondieron sus alegaciones. Anotó que se contravino el artículo 71, numeral 4, del Código Procesal Penal, pues no se realizó la audiencia judicial.

En ese sentido, solicitó que se revoque el auto impugnado.

Por auto del dieciocho de mayo de dos mil veintidós (foja 40), se concedió la impugnación y se remitieron los actuados a este órgano jurisdiccional.



## § II. Del procedimiento en la instancia suprema

**Tercero.** De acuerdo con el artículo 405, numeral 3, del Código Procesal Penal, se expidió el auto del seis de diciembre de dos mil veintidós (foja 26 en el cuaderno supremo), que declaró bien concedido el recurso de apelación.

Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión de la apelación, según la notificación correspondiente (foja 29 en el cuaderno supremo).

**Cuarto.** A continuación, se expidió el decreto del tres de marzo de dos mil veintitrés (foja 30 en el cuaderno supremo), que señaló el veintiocho de marzo del mismo año como data para la vista de apelación.

Se emplazó a los sujetos procesales, conforme a la cédula respectiva (foja 31 en el cuaderno supremo).

**Quinto.** Llevada a cabo la audiencia de apelación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación, y por unanimidad, corresponde dictar el presente auto de vista, según el plazo previsto en el artículo 420, numeral 7, del Código Procesal Penal.

## § III. Fundamentos del Tribunal Supremo

**Sexto.** La censura de apelación se circunscribe al examen jurisdiccional del auto de primera instancia respectivo, a efectos de establecer si cumplió con motivar, en términos suficientemente comprensibles, lógicos y razonables, la desestimación de la tutela de derechos.

**Séptimo.** Así, conviene efectuar diversas precisiones sobre la tutela de derechos.

**7.1.** En principio, se reliva que el juez de investigación preparatoria se erige como un órgano jurisdiccional de garantía, al ejercer control y protección de los derechos fundamentales de los imputados. Así, la tutela de derechos es el mecanismo legal para frenar los actos de investigación realizados por el fiscal que puedan vulnerar las garantías constitucionales y legales reguladas en la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal. Y es que, 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<sup>1</sup>. Luego, en observancia del principio de distribución de roles, al juez de investigación preparatoria no le corresponde dirigir o encaminar la estrategia de investigación fiscal<sup>2</sup>.

**7.2.** Después, en lo atinente al bloque de legalidad, el artículo 71, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal, regula los derechos del imputado.

Por un lado, se estableció que “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”.

Y, por otro lado, se determinó lo que sigue:

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.

**7.3.** Luego, la jurisprudencia penal ha instituido lo siguiente:

Es de tener presente que, contra determinadas actuaciones de la investigación preparatoria, incluido el periodo de diligencias preliminares, conducida por el Ministerio Público, según los casos, solo proceden determinados remedios jurídico procesales, taxativamente estipulados en el Código Procesal Penal, que pueden ser planteados ante el Juez de la Investigación Preparatoria, como por ejemplo tutela de derechos, controles del plazo, admisión de medios de investigación rechazados por la Fiscalía [vid.: artículos 71, apartado 4; 334, apartado 2; 337, apartado 5; 342, apartado 2; 343, apartado 2, del Código Procesal Penal] [...] Estos remedios pueden tener como efecto, según corresponda, que se declare la ineficacia de determinadas disposiciones o diligencias fiscales o que se dicte una decisión sustitutiva u otra de corrección, enmienda o protección respecto del trámite seguido, sin que ello signifique inmiscuirse en la estrategia investigativa o afectar las

<sup>1</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (Inpeccp), pp. 406-407.

<sup>2</sup> SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Recurso de Casación n.º 495-2022/Nacional, del diecisiete de octubre de dos mil veintidós, fundamento decimosegundo.



potestades de investigación reconocidas al Ministerio Público, entre otros preceptos, en el artículo 65 del Código Procesal Penal<sup>3</sup>.

**Octavo.** Ahora bien, con carácter previo, concierne dilucidar los defectos formales, esto es, si la falta de audiencia judicial en la tutela de derechos conlleva rescindir el procedimiento penal y disponer la reanudación del acto procesal, a fin de que se emita nuevo pronunciamiento.

Sobre ello, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existen actos procesales defectuosos, inválidos y nulos. El primero se realiza sin que concurren todos los presupuestos, requisitos y condiciones que determinan su admisibilidad; sin embargo, no se afectan principios o derechos constitucionales de relevancia, por lo que son inocuos. El segundo se efectúa sin que se cumplan los requisitos y condiciones que la ley prevé, lo que implica afectación de derechos o principios constitucionales, pero que pueden ser subsanados o reparados por sí mismos o por medio del juez. El tercero es aquel que ha comprometido seriamente los derechos o principios y no puede ser reparado<sup>4</sup>.

Se subraya, asimismo, que la nulidad de los actos procesales no se justifica en un simple interés de la ley. A la concepción de la *nulidad por la simple nulidad*, el Estado constitucional de derecho antepone la necesidad de que esta se tenga que declarar, aun ante el silencio de la ley, si tras la expedición o mantenimiento del mencionado acto se transgrede algún derecho fundamental<sup>5</sup>.

En dicho escenario, si bien el artículo 71, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal estipula que debe llevarse a cabo la audiencia con intervención de las partes procesales, el propio texto normativo no ha previsto que la misma se erija como presupuesto constitutivo de la tutela de derechos, en el sentido que, a falta de ella, no puede emitirse pronunciamiento.

En ese sentido, la no realización de la audiencia de tutela de derechos, se torna, a lo sumo, como un defecto procesal plenamente superable. Después, no se aprecia una situación de invalidez o nulidad.

---

<sup>3</sup> SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Apelación n.º 77-2021/Corte Suprema, del cinco de julio de dos mil veintidós, fundamento de derecho segundo; entre otras.

<sup>4</sup> SALA PRIMERA. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 0569-2003-AC/TC Lima, del cinco de abril de dos mil cuatro, fundamento cuarto, con cita de Alberto Binder.

<sup>5</sup> PLENO. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 3179-2004-AA/TC Huamanga, del dieciocho de febrero de dos mil cinco, fundamento vigesimoséptimo.





Por lo demás, el juez *a quo* actuó con absoluta prontitud y diligencia, pues desde que se promovió la tutela de derechos —el veintiséis de abril de dos mil veintidós— hasta que la resolvió —el cuatro de mayo del mismo año— transcurrieron ocho días. Asimismo, abordó los cuestionamientos formulados y otorgó respuesta a cada motivo.

En esa línea, no se infringió el debido proceso, la motivación judicial o el derecho de defensa, regulados en el artículo 139, numerales 3, 5 y 14, de la Constitución Política del Perú.

**Noveno.** En la *litis*, mediante escrito (foja 8), BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA solicitó copias certificadas de la deposición de José Luis Conga Bautista; sin embargo, a través de la providencia del cinco de enero de dos mil veintidós (foja 9), se desestimó el pedido. Entre otros aspectos, se apuntó que la primera no es parte procesal en la investigación fiscal seguida contra el citado inculpado, por lo que no está legitimada para recibir información sobre las actuaciones procesales; además, se anotó que la indagación es reservada.

Como se sabe, las providencias, según el artículo 122 del Código Procesal Penal, sirven para ordenar materialmente la etapa de investigación. Luego, ni el código adjetivo ni el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial han contemplado la posibilidad de impugnación. Sin embargo, conforme al derecho fundamental de interdicción de la arbitrariedad, consagrado en el artículo 45 de la Constitución Política del Perú, dichos actos fiscales —junto a las disposiciones y requerimientos— deben ser en primer orden constitucionales, es decir, respetuosos de los derechos y garantías de los investigados; y, en segundo lugar, lógicos.

Así, sin discutir la actividad fiscal, lo concreto es que, según lo anotaron las partes procesales en la audiencia de apelación, existen dos carpetas vigentes (n.º 68-2019 y n.º 1-2020), que discurren en la etapa de investigación preparatoria y tienen el mismo objeto procesal, es decir:

La supuesta entrega de S/ 3000 por parte de los hermanos Muños Llanos y la discoteca La Cava 365, a cambio de favorecimiento y colaboración, a la recurrente Belisa Maribel Malásquez Azaña, quien ejercía de fiscal provincial penal de Lima Sur, evento supuestamente ocurrido en el año 2017, en presencia entre otros del fiscal adjunto provincial José Luis Conga Bautista.

**Décimo.** Ahora bien, de acuerdo con el artículo 324 del Código Procesal Penal, la reserva de las investigaciones fiscales solo atañe a personas ajenas a la indagación y no alcanza a los directamente comprometidos en esta.



Quienes están inmersos en un sumario fiscal deben ejercer plenamente su derecho de defensa, por lo que tienen la posibilidad de interrogar a testigos, peritos y coimputados; también pueden acceder a los actos de investigación que les conciernan, a fin de contradecirlos.

**Undécimo.** Se destaca que el artículo 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) estipula lo siguiente:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) 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; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

En tanto, el artículo 11, numeral 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos instituyó lo siguiente:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Se reliva, además, la jurisprudencia convencional en el sentido siguiente:

Prueba. Prueba testimonial. Testigos. Incorporación de prueba por lectura. Garantía de imparcialidad. Igualdad de armas. [E]l derecho a interrogar a testigos contra el acusado constituye una garantía del derecho a la imparcialidad procesal, en el sentido de que apunta a la igualdad de armas como instrumento esencial para controlar la credibilidad y confiabilidad de las declaraciones inculpativas y, por lo tanto, la fundamentación de los cargos<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Balta et Demir vs. Turquía*, Segunda sección (*Application n.º 48628/12*), Estrasburgo, veintitrés de junio de dos mil quince, párrafo quincuagésimo quinto.



Al mismo tiempo,

La prueba debe en principio ser producida ante el imputado en audiencia pública, con miras a un debate contradictorio. Este principio no está exento de excepciones, pero sólo pueden aceptarse con sujeción al derecho de defensa; como regla general, el artículo 6, párrafos 1 y 3 (d), exige que se dé al acusado una oportunidad adecuada y suficiente para impugnar las pruebas en su contra y para interrogar al autor de las mismas, en el momento de la declaración o después, sin recortar en el juicio su derecho a interrogar (*Lüdi Sentencias vs. Suiza* de quince de junio de mil novecientos noventa y dos, Serie A n.º 238, p. 21, § 49, y *Van Mechelen y otros Vs. Pays-Bas* de veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete, p. 711, § 51)<sup>7</sup>

**Duodécimo.** Asimismo, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho de defensa alude a lo siguiente:

La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14), artículo 139°, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Como refiere el inciso mencionado, tal derecho se proyecta a todas las etapas y articulaciones que pudiera comprender la articulación del proceso, las que indudablemente abarcan, por lo que al caso de autos importa resaltar, cuando se hace uso de los recursos impugnatorios<sup>8</sup>.

Por su parte la jurisprudencia penal estableció lo siguiente:

Los formalismos vencibles no prevalecen sobre un derecho fundamental pilar del debido proceso, como lo es el derecho a la defensa, más aún si esto no significaba lesión o desventaja al Ministerio Público porque este ya los conocía desde la etapa de investigación preparatoria<sup>9</sup>.

Así también, en otra ocasión se precisó:

El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público, quien puede informarse de los cargos,

---

<sup>7</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso de *Lucá v. Italia*, Primera sección, (Application 33354/96, définit). Estrasburgo, veintisiete de mayo de dos mil uno, párrafo trigésimonoveno.

<sup>8</sup> PLENO. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 1231-2002-HC/TC-Lima, del veintiuno de junio de dos mil dos, fundamento segundo.

<sup>9</sup> SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 864-2016/Del Santa, del veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete, considerando quinto.





intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones<sup>10</sup>.

**Decimotercero.** De este modo, si la Fiscalía optó por investigar los mismos hechos en las Carpetas Fiscales n.º 68-2019 y n.º 1-2020, debió garantizar el cabal ejercicio del derecho de defensa de BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA y, como tal, permitirle conocer lo que el coprocesado José Luis Conga Bautista u otro órgano de prueba le está atribuyendo.

En esas condiciones, al órgano jurisdiccional le corresponde, sin violar la reserva de ley, tutelar los derechos conculcados y proscribir su afectación. Ha de resguardarse la defensa procesal.

En ese contexto, concierne incorporar en la Carpeta n.º 68-2019 la parte pertinente de la declaración del investigado José Luis Conga Bautista, realizada como parte de los actos de investigación de la Carpeta n.º 1-2020; tanto más si, tras la convocatoria realizada a este último para declarar en la primera indagación, guardó silencio, bajo la justificación de que está siendo investigado por los mismos hechos.

En consecuencia, concierne estimar en parte el recurso de apelación, revocar el auto de primera instancia y declarar fundada la solicitud de tutela de derechos. En lo específico, la Fiscalía competente deberá expedir copia certificada de la deposición de José Luis Conga Bautista, a efectos de anexarla en la investigación seguida contra BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

**Decimocuarto.** Finalmente, es competencia del representante del Ministerio Público decidir la acumulación de las investigaciones, según el artículo 31, numeral 2, del Código Procesal Penal.

### **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON FUNDADO en parte** el recurso de apelación.
- II. REVOCARON** el auto de primera instancia, del cuatro de mayo de dos mil veintidós (foja 26), corregido por resolución del dieciséis de mayo de dos mil veintidós (foja 38), emitido por el

---

<sup>10</sup> SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 326-2016/Lambayeque, del veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, fundamento de derecho tercero.



Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos formulada por BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA y, reformándolo, declararon **FUNDADA en parte** la aludida solicitud de tutela de derechos

- III. MANDARON** que la Fiscalía competente expida copia certificada de la deposición de José Luis Conga Bautista (Carpeta n.º 1-2020), a efectos de anexarla en la investigación seguida contra BELISA MARIBEL MALÁSQUEZ AZAÑA por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado (Carpeta n.º 68-2019).
- IV. ESTABLECIERON** que el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur dé cumplimiento a la presente decisión.
- V. DISPUSIERON** que el presente auto de apelación se publique en la página web del Poder Judicial. Hágase saber, y los devolvieron.

**S. S.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**ALTABÁS KAJATT**

**SEQUEIROS VARGAS**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

LT/ecb