



**Juez: Richard Concepción Carhuacho**

**AUTO DE TUTELA DE DERECHOS**

**En los delitos de función de altos funcionarios, el cómputo del plazo ordinario de prescripción de la acción penal se suspende durante el periodo en que rige la prerrogativa del antejuicio político**

5.3.7 Por ello, el cómputo del plazo de prescripción ordinario por el delito de colusión atribuido al investigado Ortiz Rivera no se habría iniciado la última fecha en que habría intervenido el investigado (04 de agosto del 2005), sino al cumplirse los cinco años de haber cesado en el cargo, ya que a partir de dicho momento el Ministerio Público podría emprender la persecución penal en contra de dicho investigado, ahora, como el investigado cesó en el cargo de Ministro el 28 de julio del 2006, el plazo de prescripción ordinario habría quedado suspendido por cinco años por gozar de la prerrogativa del antejuicio político, esto es, hasta el 27 de julio del 2011, lo que quiere decir que dicho plazo de prescripción ordinario recién empezaría a computarse a partir del 28 de julio del 2011.

5.3.8 Efectuando el cómputo del plazo de prescripción ordinario de 15 años, a partir del 28 de julio del 2011, ocurre que la misma no se habría cumplido, en razón a que dicho plazo se habría interrumpido antes de dicha fecha, esto es, al producirse una actuación del Ministerio Público en contra del investigado José Javier Ortiz Rivera, específicamente al emitirse la Disposición 1 de fecha 05 de abril del 2023 a través del cual se iniciaron diligencias preliminares en contra de una pluralidad de investigados, entre ellos, en contra del referido investigado, a quien se le imputaron cargos concretos por el delito de colusión agravada.

**RESOLUCIÓN JUDICIAL NUMERO DOS**

Lima, trece de marzo del

Dos mil veinticuatro

Estando al pedido de tutela de derechos articulado por la defensa técnica de Ortiz Rivera.

**Y CONSIDERANDO:**



### **PRIMERO: PEDIDO DE TUTELA DE DERECHOS**

La defensa técnica del imputado José Javier Ortiz Rivera interpuso tutela de derechos con el objeto que se declare prescrita la acción penal por el delito de colusión instaurado en su contra, por las siguientes razones:

- 1.1 Al referido imputado se le atribuyó el delito de colusión, atendiendo a que su última participación en los hechos se habría producido en la sesión 209 de fecha 04 de agosto del 2005, para luego dejar el cargo el 28 de julio del 2006, tiempo en el cual estuvo vigente la Ley 26173, en cuyo caso el plazo prescriptorio ordinario sería de quince años por ser éste el máximo de la pena previsto por la ley para dicho delito.
- 1.2 Dicho plazo prescriptorio se habría duplicado por haberse afectado el patrimonio del Estado, luego se habría reducido a la mitad, en razón a que el investigado al momento de los hechos contaba con más de 65 años de edad, quedando finalmente el plazo prescriptorio en 15 años.
- 1.3 Efectuando el cómputo correspondiente de los 15 años, a partir del 28 de julio del 2006 (fecha en que el investigado dejó el cargo) la misma habría prescrito el 28 de julio del 2021.

### **SEGUNDO: POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El representante del Ministerio Público solicitó que se declare improcedente el pedido de tutela de derechos, arguyendo lo siguiente:



2.1 No se puede solicitar la prescripción de la acción penal durante las diligencias preliminares, a través de una tutela de derechos, ya que para ello existe una vía procesal durante las diligencias preliminares.

2.2 El ente persecutor del delito es el único encargado de la formulación de la imputación, tanto del hecho fáctico, como de precisar el tipo penal correspondiente.

2.3 En el presente caso debe aplicarse la última ley penal, debido a que el perjuicio se habría prolongado en el tiempo hasta mayo del 2022.

### **TERCERO: FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

El problema central apunta a dilucidar si corresponde amparar el pedido de tutela de derechos articulado por la defensa técnica del imputado Ortiz Rivera para declarar la prescripción ordinaria de la acción por el delito de colusión agravada que se le imputó, para tal efecto se han fijado los siguientes puntos controvertidos:

3.1 Evaluación sobre si durante las diligencias preliminares es viable que el imputado denuncie la prescripción ordinaria de la acción por el delito de colusión agravada, mediante el mecanismo de tutela de derechos.

3.2 Es posible que el Juez de Investigación Preparatoria se desvincule de la norma penal en el tiempo propuesta por el Ministerio Público (Ley 31178) por otra que si le correspondería.

3.3 Examinar si el plazo de prescripción ordinario de la acción penal por un delito de función imputado a un alto funcionario se suspende durante desde la comisión del delito y hasta cinco años después de haber dejado el cargo, con el objeto de transitar por el antejuicio político.



#### **CUARTO: MARCO NORMATIVO Y BASE JURISPRUDENCIAL**

##### **4.1 Artículo 71.- 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.



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.

#### **4.2 Alcance interpretativo**

De la norma procesal antes citada se desprende que la tutela de derechos constituye un mecanismo procesal dirigido a la protección de los derechos del imputado, en la medida que:

- a) Se trate de un derecho del imputado que no haya sido protegido por una vía procesal específica, reafirmando el carácter residual de la tutela de derechos.
  
- b) En ese orden de ideas, la tutela de derechos podría plantearse con el objeto de denunciar la afectación a los derechos del investigado de carácter constitucional, estén o no previstos en el listado de derechos previstos en el artículo 71.2 del Código Procesal Penal, asumiéndose la postura amplia de protección de los derechos constitucionales de los investigados, debido a que se trataría de un listado *numerus apertus*, al igual que la fórmula legal prevista en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, la cual podría comprender el reclamo de la prescripción ordinaria de la acción penal durante las diligencias preliminares, por no existir una vía procesal específica para dicho propósito.

#### **QUINTO: ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO CONCRETO**



Con relación al presente caso concreto se ha arribado a la conclusión que corresponde desestimar el pedido de tutela de derechos, dirigido a declarar la prescripción ordinaria de la acción penal por el delito de colusión agravada imputado al investigado José Javier Ortiz Rivera, en atención a lo siguiente:

***5.1 Ámbito de aplicación de la tutela de derechos (primer punto controvertido)***

5.1.1 La tutela de derechos constituye un mecanismo procesal dirigido a la protección de los derechos que asisten a todo investigado, dentro del marco de un proceso penal, a partir del inicio de las diligencias preliminares y durante la investigación preparatoria, con el objeto de poner límites a la actuación del Ministerio Público en su papel de perseguir el delito, es por ello que se ha remarcado que el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos no sería incompatible con el deber que tendrían los jueces de definir, dentro del marco de un debido proceso, la responsabilidad penal del imputado.

5.1.2 Es así que, conforme a una lectura integral del Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, su ámbito de protección no se restringiría a los casos expresamente previstos en el artículo 71.2 del CPP, sino tendría un ámbito de protección mucho más amplio, comprendiendo los demás derechos no previstos en el referido catálogo, debido a que la tutela de derechos, al igual que los derechos fundamentales de la persona no puede restringirse a los derechos enumerados taxativamente en la norma fundamental, en aplicación del artículo 3 de la Constitución Política del Estado, además, de ser de carácter residual, por articularse en los casos que no exista una vía procesal específica para su protección.



5.1.3 Al respecto, existe jurisprudencia en el sentido que establece que el listado de derechos protegido por la tutela de derechos es *numerus apertus*, conforme es de verse la resolución 2 su fecha cuatro de mayo el dos mil diecisiete, expedido por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A, cuyo ponente fue el profesor Salinas Siccha, en cuyo numeral 4.2.3 se anotó que:

Sobre este aspecto, la representante del Ministerio Público puso énfasis en que el artículo 71 del Código Procesal Penal es una catálogo cerrado de derechos amparables vía tutela de derechos, no obstante, tal afirmación no es compartida por este Colegiado, pues de una lectura atenta del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 se concluyó que también puede reestablecerse, por ésta vía, otros derechos constitucionales que no cuenten con un mecanismo de tutela propio y específico en el Código Procesal Penal.

5.1.4 En ese orden de ideas y dando respuesta al primer punto controvertido, la tutela de derechos podría deducirse durante las diligencias preliminares, con el objeto que se declare la prescripción ordinaria de la acción penal seguida contra el investigado José Javier Ortiz Rivera por el delito de colusión agravada, en vista que durante dicha sub fase del proceso penal, el investigado no contaría con una vía procesal específica para limitar la facultad punitiva del Estado en virtud de los efectos que el transcurso del tiempo provoca sobre los intereses persecutorios del Estado.<sup>1</sup>

## ***5.2 Desvinculación de la norma seleccionada por el Ministerio Público (segundo punto controvertido)***

5.2.1 Ahora, en el presente caso concreto, conforme es de verse la Disposición de inicio de las diligencias preliminares, Disposición 1 su fecha cinco de abril del dos mil veintitrés, el Ministerio Público dispuso iniciar investigación preliminar en contra de una pluralidad de personas naturales, entre ellos, en contra del investigado José Javier Ortiz Rivera, debido a que

---

<sup>1</sup> Caro Coria, Dino Carlos y otro. Derecho Penal Parte General. Lima: Escuela de Derecho LP. 2023. p. 624



en su condición de miembro del Consejo Directivo de PROINVERSION, con el cargo de Ministro de Estado en el Despacho de Transportes y Comunicaciones, intervino en el proceso colusorio, favoreciendo a la empresa Intersu Concesiones SA, integrada por Construcoes E Comercio Camargo Correa SA, Constructora Andrade Gutiérrez SA y Constructora Queiroz Galvao SA, durante el proceso de selección para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, Tramo 4, a fin de que le sea adjudicada la construcción, conservación y explotación del proyecto.

5.2.2 Para tal efecto, el ente persecutor del delito le atribuyó al referido investigado, la realización de once hechos, de los cuales en los diez primeros hechos se hizo alusión a su participación específica en el refrendo de dos Decretos Supremos, refrendo de dos Resoluciones Supremas, suscripción de Acuerdos de Pro Inversión, aprobación de las Bases del Concurso y modificación de las fechas para la presentación de propuestas, todos ellos ocurridos desde el primero de abril del dos mil cuatro al cuatro de agosto del dos mil cinco.

5.2.3 De otro lado, en cuanto al hecho número once se anotó que el investigado con su accionar habría ocasionado una indebida exposición de los recursos económicos en perjuicio del Estado por un monto estimado de S/. 4'724,462,550.01 soles, durante el periodo de abril 2006 a mayo 2022.

5.2.4 Por dichos hechos, el Ministerio Público le atribuyó al investigado José Javier Ortiz Rivera el delito de colusión agravada, previsto en el artículo 384 del Código Penal, según el texto de la Ley 31178, publicado el 28 abril del 2021, por estar en vigor al momento de la comisión del hecho imputado, concretamente por vigente el plazo de la ilegal concesión y continuar realizándose los pagos.

5.2.4 Sobre el particular, este Despacho considera que, al haberse producido una sucesión de leyes penales en el tiempo sobre el delito de colusión, debe aplicarse el artículo 9 del Código Penal, según el cual, el





momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca, tomándose partido por la teoría de la acción o de la actividad.<sup>2</sup>

5.2.5 Bajo dicho contexto, el Ministerio Público habría aplicado de manera incorrecta el delito colusión agravada al imputado Ortiz Rivera, previsto en el artículo 384, según el texto previsto en la Ley 31178, en razón a que de una lectura atenta e integral de los once hechos que habría realizado dicho investigado (ver páginas 107/110 de la Disposición Fiscal 1), los diez primeros hechos aluden a hechos en los cuales dicho encartado habría actuado, todos ellos ocurridos desde el 02 de abril del 2004 al 04 de agosto del 2005, en cambio el hecho número 11 versa sobre el resultado que se habría producido, como consecuencia de las acciones que habría desplegado dicho procesado (perjuicio al Estado por un monto de S/. 4'724,462,5550.01 soles)

5.2.6 En buena cuenta, para seleccionar la norma penal en el tiempo por el delito de colusión imputado a Ortiz Rivera, debió tenerse en cuenta la teoría de acción o de la actividad, previsto en el artículo 9 del Código Penal, esto es, el momento en que dicho investigado habría actuado, la cual comprendería únicamente los diez primeros hechos, acaecidos durante el período de tiempo que va desde el 02 de abril del 2004 al 04 de agosto del 2005, sin tenerse en cuenta el hecho once que versa sobre el resultado (abril del 2006 a mayo del 2022), es por ello, que la norma penal en el tiempo aplicable al presente caso, sería el texto legal vigente al 04 de agosto del 2005, último hecho en el cual el investigado habría actuado, en cuyo caso rige el artículo 384 del Código Penal, según el texto de la Ley 26713.

---

<sup>2</sup> Felipe Villavicencio sostuvo que para la teoría de la acción o de la actividad el delito se comete en el momento de la acción, esto es, al momento en que se exterioriza la voluntad de ejercer determinada conducta, siendo indiferente la situación al tiempo de producción del resultado. Véase: Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal Parte General. Grijley: Lima, 2006. pp. 184-185



5.2.7 Frente a dicho panorama, éste Juzgado considera que es viable, desde el punto de vista jurídico, que el Juez se desvincule de la norma penal seleccionada por Ministerio Público y aplicar la norma penal que corresponda, durante el proceso penal *-al resolver medidas de coerción procesal, medios de defensa técnicos e incluso una tutela de derechos-* y al emitir sentencia, en la medida que respete los hechos fácticos, no cambie el bien jurídico con el objeto de definir si el delito imputado al investigado ha prescrito o no, en aplicación del principio de legalidad y del principio *iura novit curia*, según el cual debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aun cuando haya sido invocado erróneamente por las partes, normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

5.2.8 Al respecto, existe abundante jurisprudencia en la materia, en el sentido que el órgano jurisdiccional puede realizar un control de legalidad sobre la calificación jurídica del hecho punible, incluyendo la problemática de la sucesión de las leyes en el tiempo, así tenemos, diversos pronunciamientos que se habrían decantado por la desvinculación del tipo penal propuesto por el Ministerio Público en incidentes *-como una excepción de improcedencia de acción, tutela de derechos y medidas de coerción procesal-*<sup>3</sup>, así como en la sentencia<sup>4</sup>, en la medida que se respeten los hechos fácticos materia de imputación, el bien jurídico, y primordialmente se observe el derechos de defensa y el principio contradictorio.

5.2.9 Es por ello que es perfectamente posible que, durante el proceso penal, de cara a resolver un incidente, como sería el caso de una tutela de derecho, encaminado a dilucidar la prescripción ordinaria del delito

---

<sup>3</sup> Tratándose de la desvinculación del tipo penal propuesto por el ente persecutor del delito en incidentes, esto es, durante la tramitación del proceso penal, tenemos la resolución 5 de fecha 13 de junio del 2022 (Expediente 22-2017-80) emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, así como la sentencia de casación de fecha 20 de noviembre del 2019 (Casación 1650-2017-Nacional).

<sup>4</sup> Sobre el particular tenemos los siguientes pronunciamientos, el Acuerdo Plenario 4-2017/CJ-116, Casación 430-2015-Lima, Casación 659-2014-Puno, el Recurso de Nulidad 272-2016-Lima Sur y la Casación 173-2018-Puno



imputado durante las diligencias preliminares, el órgano jurisdiccional aplique la norma penal en el tiempo que corresponda, desvinculándose de la norma penal seleccionada erróneamente por el Ministerio Público (respuesta al segundo punto controvertido).

### ***5.3 Evaluación de la prescripción ordinaria de la acción penal (tercer punto controvertido)***

5.3.1 Puestas así la cosas, al producirse una sucesión de normas penales en el tiempo por el delito de colusión, la norma penal sustantiva aplicable al presente caso concreto, sería el delito de colusión previsto en el artículo 384, según el texto establecido en la Ley 26713, publicado el 27 de diciembre del 1996, que dice:

El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

5.3.2 En ése orden de ideas, el plazo de prescripción ordinario imputado al investigado Ortiz Rivera por el delito de colusión antes anotado sería de quince años por tratarse de una pena privativa de libertad, en cuyo caso debe aplicarse el máximo de la pena previsto por la ley penal para el referido delito (primer párrafo del artículo 80 del Código Penal), el cual se reduciría a la mitad por haberlo cometido el delito cuando tenía más de 65 años de edad, al momento de la comisión de los hechos (04 de agosto del 2005, según la Disposición Fiscal 1, página 110) <sup>5</sup> y se duplicaría por tratarse de un delito cometido por un funcionario público en contra del

---

<sup>5</sup> El imputado antes referido al momento de la comisión de los hechos (04 de agosto del 2005) contaba con más de 65 años de edad, en atención a que habría nacido el 06 de junio de 1939, según su Ficha Reniec.



patrimonio del Estado <sup>6</sup>, es por ello, que el plazo prescriptorio ordinario de la acción penal quedaría en 15 años.

5.3.3 Dicho plazo prescriptorio ordinario se encuentra sujeto a causales de interrupción y de suspensión, previstos en los artículos 83 y 84 del Código Penal, respectivamente, de los cuales solo importaría poner de relieve la causal de suspensión referida a que el comienzo del proceso penal dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, en cuyo caso quedaría en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido, normado en el artículo 84 del Código Penal.

5.3.4 Sobre el particular, el jurista Iván Meini sostuvo que la suspensión de la prescripción tiene que ver con la necesidad de no tomar en cuenta el tiempo durante el cual es imposible que la autoridad competente pueda impulsar la persecución, comprendiendo las cuestiones prejudiciales que deben resolverse en sede administrativa, estando dentro de las mismas las causas materiales como las inmunidades y los antejuicios. <sup>7</sup>

5.3.5 En el mismo sentido, Novoa Curich sostuvo que tratándose de un congresista protegido por las inmunidades parlamentarias el plazo se suspende y que solo se empezaría contar desde que se levante aquella <sup>8</sup>, ocurriendo lo mismo con la prerrogativa del antejuicio (Fundamento Jurídico 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 3116-2012-PHC/TC, caso Elsa Canchaya Sánchez), e incluso, existe un precedente jurisprudencial sobre la materia en el caso del ex congresista Víctor Isla Rojas, en cuyo caso se sostuvo que el plazo de prescripción se suspendía

---

<sup>6</sup> En la sentencia de casación de fecha 12 de abril del 2021 (Recurso de Nulidad 545-2019-San Martín), específicamente en el numeral 6.7, se concluyó que tratándose del delito de colusión los plazos de prescripción de la acción penal se duplican.

<sup>7</sup> Meini, Iván. Sobre la prescripción de la acción penal. Artículo que se encuentre en la página electrónica: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18517/18757> (consultado el once de marzo del dos mil veinticuatro). p.80

<sup>8</sup> Novoa Crich, Yvana. Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso “Ex congresista Elsa Canchaya”. Véase la página electrónica: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-31-comentario-canchaya.pdf> (consultado el 12 de marzo del 2024).



durante el periodo congresal mas un mes adicional, debido a que durante dicho periodo no podía ser investigado por algún delito, en tanto no lo autorice el Congreso (Considerando Décimo de la resolución 11 de fecha 02 de diciembre del 2022, Expediente 45-2019-13, Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional), en suma, tratándose de un delito de función imputado a un alto funcionario el plazo de prescripción ordinario se suspende, en tanto no se cumpla con el procedimiento previo (levantamiento de inmunidad o antejuicio político).

5.3.6 Ahora, en el presente caso concreto se verifica que los hechos atribuidos al investigado José Javier Ortiz Rivera por el delito de colusión habrían ocurrido entre el 02 de abril del 2004 y el 04 de agosto del 2005, en su condición de Ministro de Estado en el Despacho de Transportes y Comunicaciones, es decir, se trataría de un delito de función atribuido a un alto funcionario del Estado, en cuyo caso, debe transitarse por el antejuicio político desde la ocurrencia del delito cometido y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, conforme lo prescribe el artículo 99 de la Constitución Política del Estado.

5.3.7 Por ello, el cómputo del plazo de prescripción ordinario por el delito de colusión atribuido al investigado Ortiz Rivera no se habría iniciado la última fecha en que habría intervenido el investigado (04 de agosto del 2005), sino al cumplirse los cinco años de haber cesado en el cargo, ya que a partir de dicho momento el Ministerio Público podría emprender la persecución penal en contra de dicho investigado, ahora, como el investigado cesó en el cargo de Ministro el 28 de julio del 2006, el plazo de prescripción ordinario habría quedado suspendido por cinco años por gozar de la prerrogativa del antejuicio político, esto es, hasta el 27 de julio del 2011, lo que quiere decir que dicho plazo de prescripción ordinario recién empezaría a computarse a partir del 28 de julio del 2011.



5.3.8 Efectuando el cómputo del plazo de prescripción ordinario de 15 años, a partir del 28 de julio del 2011, ocurre que la misma no se habría cumplido, en razón a que dicho plazo se habría interrumpido antes de dicha fecha, esto es, al producirse una actuación del Ministerio Público en contra del investigado José Javier Ortiz Rivera, específicamente al emitirse la Disposición 1 de fecha 05 de abril del 2023 a través del cual se iniciaron diligencias preliminares en contra de una pluralidad de investigados, entre ellos, en contra del referido investigado, a quien se le imputaron cargos concretos por el delito de colusión agravada.

5.3.9 En efecto, el plazo de prescripción ordinario se interrumpe cuando ocurre una actuación del Ministerio Público, la que no es cualquier actividad que realiza ésta, sino cuando se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, como sería la disposición que apertura diligencias preliminares contra una persona por cargos en su contra, ya que solo así se tendrá certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada (Fundamento Jurídico 4.7 de la sentencia casatoria del 14 de mayo del 2013, Casación 347-2011-Lima).

5.3.10 Es por ello que debe desestimarse el pedido de tutela de derechos articulado por la defensa técnica del imputado, encaminado a declarar la prescripción ordinaria de la acción penal por el delito de colusión agravada que se le sigue, en agravio del Estado-

#### **SEXTO: ARTICULACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES**

6.1 La Defensa Técnica del investigado Ortiz Rivera sostuvo que al presente caso concreto debería aplicarse el artículo 384 del Código Penal, según el texto de la Ley 26173, debido a que el investigado habría dejado el cargo el 28 de julio del 2006, en cuyo caso el plazo de prescripción ordinario sería de 15 años, la cual habría vencido, articulación que debería desestimarse, debido a que:



6.1.1 Si bien debería aplicarse la ley penal en el tiempo propuesta por dicha letrada, debido a que el investigado habría desplegado su última participación en los hechos el día 04 de agosto del 2005 (hecho 10), sin tenerse en cuenta la producción del resultado, también es cierto, que dicho plazo habría quedado suspendido, en razón a que estaba protegido por el antejudio político hasta cinco años después de haber cesado en el cargo (27 de julio del 2011) por tratarse de un delito de función cometido por un Ministro de Estado, dado que durante ese intervalo de tiempo no era posible de accionar penalmente contra dicho investigado.

6.1.2 En ese entender, el plazo de prescripción ordinario de 15 años, computado a partir del 28 de julio del 2011 no se habría cumplido, en razón a que se habría interrumpido antes del vencimiento de dicho plazo, con el inicio de las diligencias preliminares en contra del investigado (ver Disposición 1 de fecha 05 de abril del 2023), conforme ya se expuso (ver ut supra numerales 5.3.8 y 5.3.9).

6.2 En contrapartida, el Ministerio Público planteó diversos cuestionamientos en contra del pedido de tutela de derechos, con el objeto que se declare prescrita la acción por el delito de colusión agravada en contra del ciudadano Ortiz Rivera, las mismas que deben desestimarse:

6.2.1 Como primer argumento nuclear sostuvo que existe una vía procesal específica para denunciar la prescripción ordinaria de la acción penal por el delito de colusión agravada, durante las diligencias preliminares, la misma que se rechaza, en razón a que durante dicha sub fase procesal no existe una vía procesal específica para tal propósito, es por ello que dicho pedido debe hacerse valer, a través de una tutela de derechos, conforme a las razones ya expuestas (ver ut supra 5.1.4).

6.2.2 Como segundo argumento manifestó que durante el proceso penal, no es posible variar la norma jurídica penal aplicable a los hechos, porque el



ente persecutor del delito es el único que fija los hechos y el tipo penal, la misma que no es de recibo por éste Despacho, en razón a que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda, en el caso que se aplicado incorrectamente la misma, en aplicación del principio de legalidad y del principio *iura novit curia*, tal como ya se expuso (ver ut supra, numerales 5.2.8 y 5.2.9).

6.2.3 Finalmente, como tercer argumento indicó que en el presente caso debe aplicarse la última ley penal, debido a que el perjuicio se habría prolongado en el tiempo hasta mayo del 2022, la cual se desestima, debido a que en materia de aplicación de la ley penal en el tiempo rige la teoría de la acción, previsto en el artículo 9 del Código Penal, según el cual se debe tener en cuenta la participación del investigado en el hecho imputado, con independencia de la producción de su resultado (ver ut supra, numerales 5.25 al 5.2.7).

#### **DECISIÓN JUDICIAL:**

Por estas consideraciones, y estando a las normas jurídicas invocadas, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional.

#### **SE RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el pedido de tutela de derechos, planteado por la defensa técnica del investigado José Javier Ortiz Rivera.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** en la forma y modo que señala la ley.