

Pedido de programación de diligencia. Recurso de apelación fundado

1. El *thema decidendum* se circunscribe a determinar si corresponde ordenar al Ministerio Público la programación de la fecha y hora de la declaración del investigado [REDACTED]. Esta delimitación es metodológicamente relevante en la medida en que permite establecer una premisa fundamental, a saber: ni el solicitante [REDACTED] ni la Fiscalía niegan la pertinencia, utilidad y conducencia de la declaración, pues de lo contrario no se habría ordenado su realización formalmente (con mayor razón si se trata de un coimputado).

2. Es de tener especial cautela en estos supuestos, pues el órgano judicial no puede reemplazar al fiscal en la conducción de la investigación. Solo cabe incursionar en ella si la actuación fiscal afecta irrazonablemente los derechos fundamentales de los investigados. Para tal efecto, han de analizarse las condiciones particulares del caso, a fin de determinar si se está ante una afectación irrazonable.

3. En primer lugar, la declaración del investigado [REDACTED] se ordenó en la disposición de formalización de la investigación preparatoria del dieciséis de septiembre de dos mil veintidós. De acuerdo con lo informado por el Ministerio Público, al tres de marzo de dos mil veinticinco aún no se recibía la declaración y no aparece en autos que hasta la fecha de esta decisión se hubiera ejecutado la diligencia. Por lo tanto, han transcurrido dos años, nueve meses y veintidós días sin programar una diligencia ya ordenada, que se entiende pertinente, útil y conducente.

4. En segundo lugar, el plazo de treinta y seis meses de la investigación preparatoria que prevé la ley en casos de criminalidad organizada vencerá el dieciséis de septiembre de dos mil veinticinco. En otros términos, restan setenta días de investigación (la posible prórroga judicial, al no ser un dato cierto, no cabe tomarla en cuenta). En este escenario, en el caso de que se recibiera la declaración de [REDACTED], el investigado [REDACTED] estaría sometido a un tiempo de setenta días aproximadamente para recabar los elementos de descargo que pudiera identificar a partir de la manifestación. El breve periodo de tiempo para ejercer el derecho de defensa, teniendo en cuenta que se está ante una diligencia ordenada por la Fiscalía hace más de dos años y cuya programación el recurrente instó desde julio de dos mil veintitrés, constituye una afectación irrazonable.

AUTO DE APELACIÓN

Sala Penal Permanente

Recurso de Apelación n.º 212-2024/Nacional

Lima, ocho de julio de dos mil veinticinco

AUTOS Y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por el investigado [REDACTED] (foja 145) contra el auto del diez de abril de dos mil veinticuatro (foja 135), emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que declaró infundada la solicitud de procedencia y programación de la declaración de [REDACTED], en la investigación que se sigue por los delitos de

cohecho pasivo propio, organización criminal y otros, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

CONSIDERANDO

§ I. Trámite del procedimiento

Primero. El encausado [REDACTED], por escrito del veintinueve de febrero de dos mil veinticuatro, solicitó al juez de la investigación preparatoria que ordene al Ministerio Público la programación de la declaración de [REDACTED] (foja 3).

∞ Señaló que, anteriormente, había formulado el mismo pedido ante la Fiscalía, pero no recibió respuesta. Precisó que la toma de declaración se dispuso a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pero aún no se ha recabado. Argumentó que la declaración solicitada tiene relación con los tres hechos investigados y es útil para acreditar que él no entabló vínculos con Mario Mendoza para cometer delitos de corrupción.

Segundo. Previa audiencia contradictoria, el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria dictó el auto del diez de abril de dos mil veinticuatro y declaró infundado el pedido de programación de diligencia (foja 135).

∞ El órgano judicial de primer grado consideró que el solicitante no acreditó el modo en que se vulneraría el derecho a la defensa por la falta de programación. Afirmó que las razones de la urgencia de la declaración son ajenas a la investigación, pues la defensa técnica pretende plantear una acción de amparo. Precisó que el desarrollo de la investigación debe regirse por el principio de oficialidad y por el criterio de objetividad. Indicó que no es perjudicial que la decisión de programar la diligencia se realice cuando la Fiscalía lo considere oportuno.

Tercero. El encartado interpuso recurso de apelación, solicitó que se revoque la resolución impugnada y pidió que su solicitud de programación de diligencia se declare fundada (foja 145).

∞ Alegó que la afectación concreta radicaba en que era necesario recabar elementos de descargo para pedir el sobreseimiento eventualmente. Refirió que el derecho de defensa no se ejerce únicamente dentro del proceso penal. Añadió que la declaración de [REDACTED] es fundamental debido a que sería la bisagra que conecta diversos engranajes dentro de la organización criminal. En ese sentido, señaló que, si de su dicho se vislumbra que él (el recurrente) no tiene vinculación con

los hechos delictivos, entonces se han de recabar sus afirmaciones fácticas para someterlas a corroboración. Manifestó que, con la declaración, se pretende intentar el cese de la suspensión preventiva de derechos. Consideró que el Ministerio Público pretende someterlo a una incertidumbre jurídica, pues nada garantiza que se extienda el plazo de la investigación. Invocó el derecho a un tiempo prudencial para preparar la defensa.

Cuarto. El Juzgado Superior de Investigación Preparatoria concedió el recurso de apelación y elevó los actuados a esta Sala Penal Suprema (foja 154). En esta instancia, se corrió traslado a las partes y se emitió el auto de calificación del diecinueve de noviembre de dos mil veinticuatro, que declaró bien concedida la apelación (foja 35 del cuaderno supremo).

Quinto. Llevada a cabo la audiencia de apelación en la fecha y efectuada la votación, corresponde dictar por unanimidad el presente auto de vista, dentro del plazo previsto por el artículo 420, numeral 7, del Código Procesal Penal.

§ II. Fundamentos del Tribunal Supremo

Sexto. El artículo 409, numeral 1, del Código Procesal Penal dispone que el pronunciamiento judicial se limite a la pretensión recursiva y a los motivos expuestos en el recurso escrito, salvo en casos de nulidad absoluta. Esta exigencia responde al principio de congruencia: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Séptimo. En la misma línea, los alegatos orales del recurrente deben ceñirse a ese marco, conforme a la prohibición de *mutatio libelli*¹. Aquellos que lo excedan no son objeto de pronunciamiento judicial, pues ello afectaría el derecho de defensa de la contraparte, la congruencia recursal y la preclusión procesal.

Octavo. El Ministerio Público, como ente legitimado para dirigir la investigación y estructurar la estrategia investigativa, es el encargado de establecer, siempre en clave de objetividad, las actuaciones a realizar en orden a la averiguación de los hechos de apariencia delictiva. La realización de las diligencias de investigación han de responder a tres criterios imprescindibles: la pertinencia, la utilidad y la conducencia.

¹ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Apelación n.º 190-2022/Lambayeque, del veintiséis de mayo de dos mil veintitrés, fundamento octavo; Casación n.º 864-2017/Nacional, del veintiuno de mayo de dos mil dieciocho, fundamento duodécimo, y Casación n.º 1967-2019/Apurímac, del trece de abril de dos mil veintiuno, fundamento décimo.

Noveno. El ordenamiento procesal autoriza la participación activa de las partes en la etapa de investigación. En tal sentido, el imputado, el agraviado y los demás intervinientes se encuentran autorizados para solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que estimen necesarias, siempre que demuestren su utilidad, pertinencia y conducencia en relación con el esclarecimiento de los hechos, como se infiere del artículo 337, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Décimo. Si el pedido es rechazado a nivel fiscal, las partes pueden recurrir al juez de la investigación preparatoria a fin de que decida definitivamente sobre la procedencia de la diligencia. Así lo autoriza el numeral 5 del citado precepto. En ese caso, la labor del juez ha de consistir en determinar si la diligencia de investigación solicitada responde a los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia.

Undécimo. La jurisprudencia ha definido el contenido de tres estos criterios: **(i)** la pertinencia significa la relación que ha de existir entre el medio de investigación propuesto y el hecho objeto de la investigación; **(ii)** la utilidad significa la calidad del aporte del medio de investigación, esto es, su capacidad para comprobar determinados hechos; **(iii)** la conducencia implica tanto la aptitud legal del medio de investigación como la suficiencia demostrativa que representa para la investigación preparatoria².

Duodécimo. En este caso se está ante un supuesto muy particular, pues no se trata de la inadmisión de una diligencia en sentido estricto. El Ministerio Público no ha rechazado tomar la declaración del investigado [REDACTED], sino que el agravio postulado en la solicitud del investigado [REDACTED] radica en que hasta ahora, pese al pedido del solicitante (sin respuesta), no se ha programado la fecha y la hora para la toma de dicha declaración, que había sido ordenada desde la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

Decimotercero. En consecuencia, el *thema decidendum* se circunscribe a determinar si corresponde ordenar al Ministerio Público la programación de la fecha y hora de la declaración del investigado [REDACTED]. Esta delimitación es metodológicamente relevante en la medida en que permite establecer una premisa fundamental, a saber: ni el solicitante [REDACTED] ni la Fiscalía niegan la pertinencia, utilidad y conducencia de la declaración, pues de lo contrario no se habría

² SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Apelación n.º 71-2022/Suprema, del cinco de diciembre de dos mil veintidós, fundamento de derecho tercero.

ordenado su realización formalmente (con mayor razón si se trata de un coimputado).

Decimocuarto. Es de tener especial cautela en estos supuestos, pues el órgano judicial no puede reemplazar al fiscal en la conducción de la investigación. Solo cabe incursionar en ella si la actuación fiscal afecta irrazonablemente los derechos fundamentales de los investigados. Para tal efecto, han de analizarse las condiciones particulares del caso, a fin de determinar si se está ante una afectación irrazonable.

Decimoquinto. En primer lugar, la declaración del investigado [REDACTED] se ordenó en la disposición de formalización de la investigación preparatoria del dieciséis de septiembre de dos mil veintidós. De acuerdo con lo informado por el Ministerio Público, al tres de marzo de dos mil veinticinco aún no se recibía la declaración y no aparece en autos que hasta la fecha de esta decisión se hubiera ejecutado la diligencia.

∞ Por lo tanto, han transcurrido dos años, nueve meses y veintidós días sin programar una diligencia ya ordenada, que se entiende pertinente, útil y conducente.

Decimosexto. En segundo lugar, el plazo de treinta y seis meses de la investigación preparatoria que prevé la ley en casos de criminalidad organizada vencerá el dieciséis de septiembre de dos mil veinticinco. En otros términos, restan setenta días de investigación (la posible prórroga judicial, al no ser un dato cierto, no cabe tomarla en cuenta). En este escenario, en el caso de que se recibiera la declaración de [REDACTED], el investigado [REDACTED] estaría sometido a un tiempo de setenta días aproximadamente para recabar los elementos de descargo que pudiera identificar a partir de la manifestación.

∞ El breve periodo de tiempo para ejercer el derecho de defensa, teniendo en cuenta que se está ante una diligencia ordenada por la Fiscalía hace más de dos años y cuya programación el recurrente instó desde julio de dos mil veintitrés, constituye una afectación irrazonable.

∞ Si bien el artículo 159, inciso 5, de la Constitución Política del Perú reconoce la facultad de ejercitar la acción penal al Ministerio Público, esta facultad, en tanto que se trata de un órgano constitucional constituido y, por ende, sometido a la Constitución, no puede ser ejercida irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores

constitucionales ni al margen del respeto de los derechos fundamentales³.

Decimoséptimo. Es necesario considerar que, aun cuando la defensa técnica del recurrente [REDACTED] no pueda participar en la declaración del investigado [REDACTED] si se produce el supuesto previsto en artículo 84, numeral 4, del Código Procesal Penal, esto no es óbice para que aquel inste que se lleve a cabo, máxime si le resultaría beneficiosa, desde su perspectiva fundada en un acta de declaración recibida en otro despacho fiscal. Cabe resaltar que la pretensión incoada en este incidente no exige obviar la prescripción procesal aquí mentada.

∞ Por lo demás, dicha acta de declaración, que fue recabada y adjuntada a este caso, no hace sino reforzar la necesidad de que [REDACTED], si así lo considera necesario (no ha de perderse de vista que también es un investigado), dé explicaciones en relación con los hechos que son materia de investigación en contra del recurrente [REDACTED].

Decimoctavo. No cabe rechazar el pedido del recurrente a partir de alegaciones generales sobre la necesidad de recabar mayores elementos de convicción para llevar a cabo la declaración del investigado [REDACTED], como sostiene el Ministerio Público. Se está ante una investigación formalizada, con un grado de imputación concreta basado en la sospecha reveladora, que debería ser suficiente para realizar la diligencia. Incluso, de ser el caso, podría ampliarse la declaración según lo exijan los nuevos datos recopilados. Ergo, no es posible ratificar el privilegio a la estrategia fiscal frente al razonable ejercicio del derecho de defensa.

∞ Finalmente, lo que el recurrente [REDACTED] pretenda hacer a nivel procesal o constitucional con la información a recabar no es pertinente ni debe utilizarse como un sesgo en el racionamiento que corresponde a este incidente. Se parte de la premisa aceptada por las partes de que se está ante una diligencia útil, pertinente y conducente y que, por ende, ha de llevarse a cabo dentro un plazo razonable, lo que no ha ocurrido en esta ocasión.

Decimonoveno. Por lo expuesto, el recurso de apelación es fundado. Se revocará el auto impugnado, se declarará fundada la solicitud y, considerando el derecho fundamental al plazo razonable, se ordenará al

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC en el Expediente n.º 5228-2026-PHC/TC-Lima, del quince de febrero de dos mil siete, fundamento 3. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, 13 July 1983, párr. 24.

Ministerio Público que cumpla con programar la toma de declaración del investigado [REDACTED] en el día, contado a partir de la notificación de esta resolución, bajo responsabilidad funcional.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el investigado [REDACTED] (foja 145). En consecuencia, **REVOCARON** el auto del diez de abril de dos mil veinticuatro (foja 135), emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que declaró infundada la solicitud de procedencia y programación de la declaración de [REDACTED], en la investigación que se sigue por los delitos de cohecho pasivo propio, organización criminal y otros, en agravio del Estado; y, reformándolo, **DECLARARON FUNDADA** la solicitud. En consecuencia, **ORDENARON** al Ministerio Público que cumpla con programar la toma de declaración del investigado [REDACTED] en el día, contado a partir de la notificación de esta resolución, bajo responsabilidad funcional.
- II. **ORDENARON** que el presente auto de apelación se publique en la página web del Poder Judicial. Hágase saber y devuélvanse los actuados.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

PEÑA FARFÁN

MAITA DORREGARAY

MELT/cecv