

**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

Expediente : 00003-2017-10-5002-JR-PE-02
Jueces superiores : Salinas Siccha / Angulo Morales / **Enriquez Sumerinde**
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial.
Investigada : Nadine Heredia Alarcón y otros
Delitos : Colusión y otros
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Karol Astrith Zea Salas
Materia : Apelación de auto sobre tutela de derechos

Resolución N.º 3

Lima, dieciocho de noviembre
de dos mil diecinueve

AUTOS, VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la investigada Nadine Heredia Alarcón contra la Resolución N.º 4, de fecha trece de agosto de dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resolvió **declarar improcedentes las solicitudes de tutela de derechos** por la presunta afectación de los siguientes derechos: 1) a la defensa eficaz, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva; y 2) a la imputación necesaria, la que varió a control de plazo. Lo anterior, en la investigación que se sigue contra la recurrente y otros por la presunta comisión de los delitos de colusión y otros en agravio del Estado. Actúa como ponente el juez superior VÍCTOR JOE MANUEL ENRIQUEZ SUMERINDE, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 El presente incidente tiene su origen en los escritos presentados por la defensa de la investigada Nadine Heredia Alarcón, el veintitrés de julio de dos mil diecinueve, por medio de los cuales solicitó tutela de derechos por la presunta afectación de los siguientes derechos: 1) a la defensa eficaz, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva; y 2) a la imputación necesaria. Sin embargo, en mérito del escrito de fecha cinco de agosto de dos mil diecinueve, este último pedido varió a control de plazos.

1.2 Por Resolución N.º 4, del trece de julio de dos mil diecinueve, el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios,



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

resolvió declarar improcedentes las solicitudes de tutela de derechos presentada por la defensa de la referida investigada Nadine Heredia Alarcón.

1.3 Contra esta decisión judicial, el once de setiembre de dos mil diecinueve, la defensa de la investigada Nadine Heredia Alarcón interpuso recurso de apelación, el mismo que fue concedido y en mérito del cual se han elevado los autos a esta Sala Superior. Así, se convocó a la respectiva audiencia de apelación para el diecisiete de octubre del presente año. Tras su realización y la correspondiente deliberación de los jueces superiores integrantes de este Colegiado, se procede a emitir el presente pronunciamiento.

II. HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN

2.1 Conforme la disposición de precisión y ampliación de los hechos materia de investigación preliminar¹, se investiga la presunta existencia de un pacto colusorio, el cual se evidencia a través de una serie de irregularidades producidas en el marco de los proyectos de licitación pública: i) "Gasoducto Andino del Sur" (junio de 2007 a diciembre de 2010) y ii) "Mejoramiento de la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano" (diciembre de 2011 a noviembre de 2014).

2.2 En cuanto al proyecto "**Mejoramiento de la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano**", la Fiscalía, conforme a la versión del testigo reservado con clave TR-01-3D2FPCEDCF-016, investiga la presunta existencia de tratos ilícitos entre los representantes de Odebrecht y la ex pareja presidencial, Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón (2006-2011), toda vez que durante la campaña presidencial, recibieron una "donación" de \$ 400 000.00 por parte de Simões Barata. En ese contexto, en el 2012, se promulgó la Ley N.º 29970, la misma que sirvió para sustentar el origen del proyecto "Gaseoducto Sur Peruano". Luego, la investigada Heredia Alarcón propuso como ministro de Energía y Minas a Eleodoro Mayorga, ambos coordinaban con Simões Barata de manera frecuente con la finalidad de eliminar a las empresas competidoras de Odebrecht. Tal es así que el Comité Pro Seguridad Energética habría descalificado indebidamente al consorcio competidor (Consortio Gaseoducto Peruano del Sur), para lo cual se valió de informes jurídicos emitidos por dos estudios de abogados (estudios jurídicos Delmar Ugarte y Eche copar) vinculados al consorcio ganador.

¹ Disposición N.º 35, de fecha 1 de julio de 2019. Conforme se advierte de los anexos del Expediente N.º 3-2017-11 de la búsqueda del Sistema Integrado de Justicia (SIJ).



También, se aprobaron las bases sin que se incluyan criterios de evaluación para determinar las propuestas técnicas más convenientes. Asimismo, en la versión final del contrato se modificó indebidamente la cláusula que permitía el cambio de operador calificado que constituía una modificación sustancial. La evaluación económica financiera no sustentaba los valores proyectados de las reservas de gas suficientes e incluso habrían ejecutado un proceso teniendo conocimiento de que existía un postor con información privilegiada. De este modo, inobservaron el principio de libre competencia y resultó ganador el consorcio Gaseoducto Sur Peruano (integrado, entre otros, por la empresa Odebrecht y Enagás).

2.3 En ese sentido, concreta y resumidamente, se le atribuye a la investigada Nadine Heredia Alarcón que, en su calidad de primera dama de la Nación, durante el periodo 2011-2016, habría ejercido actos ejecutivos y de gestión durante el periodo presidencial de su cónyuge Ollanta Humala Tasso, los mismos que se materializaron en acuerdos y reuniones con diferentes funcionarios y servidores públicos que se encontraban vinculados con el **proyecto "Mejoras de la seguridad energética y desarrollo del Gasoducto Sur Peruano"**. Así las cosas, habría actuado con los representantes del grupo empresarial Odebrecht, lo cual demostraría un interés en el concurso público del referido proyecto y en la designación de Eleodoro Octavio Mayorga Alba como ministro de Energía y Minas en el año 2014, periodo en el cual se venía realizando el proceso de promoción de inversión privada.

III. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

3.1 El *a quo* precisa que la defensa de la investigada Heredia Alarcón ha solicitado tutela de derechos alegando la presunta afectación de lo siguiente: **i)** a la garantía de defensa eficaz, a la legalidad procesal penal y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que el Ministerio Público no ha cumplido con notificarle la disposición fiscal que dispuso adoptar medidas de protección a un testigo; y **ii)** al principio de imputación necesaria, el cual fue variado durante la sesión de audiencia a control de plazo, y señala que no se puede adecuar la investigación a los alcances de la Ley N.º 30077, con un plazo de 36 meses, debido a que no existe una imputación por el delito de organización criminal.

3.2 Respecto al **primer pedido**, sostiene que, a su criterio y de acuerdo a lo establecido como doctrina legal por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, la tutela de derechos tiene carácter taxativo y residual. Por tanto, los derechos reclamados por la



defensa no resultan amparables, debido a que no se encuentran en el catálogo de derechos reconocidos en el artículo 71 del CPP. Añade que, en todo caso, no se advierten razones válidas para que se aparte de la citada doctrina legal en atención a los pronunciamientos judiciales invocados por la defensa conforme prevé el artículo 22 de la LOPJ. De este modo, señala que admitir este cuestionamiento sobre un acto de notificación propio de la Fiscalía, sería desnaturalizar la figura de tutela, pues implicaría permitir un control jurisdiccional sobre todas las actuaciones del Ministerio Público.

3.3 En cuanto a la alegación de que al no notificársele con la disposición que ordena la protección de un testigo, se le impide ejercer el derecho de reexamen regulado en el artículo 251 del CPP, el cual permite interpretar como "afectado" al imputado, pues es quien se vería perjudicado con esta medida y, por ende, podría solicitar el referido reexamen. Al respecto, el *a quo* sostiene que es errada la interpretación de la defensa, debido a que cuando el artículo 251 del CPP hace mención al "afectado" se refiere a la persona que es objeto de la medida de protección y no a los demás sujetos procesales, ya que este tipo de medidas se pueden adoptar de oficio o a solicitud de la parte interesada. Por tanto, cuando no se encuentre conforme con la decisión fiscal es el interesado quien podría acudir al órgano jurisdiccional vía reexamen.

3.4 Agrega que debe considerarse que el fiscal quien decidió adoptar la medida de protección del testigo fue uno distinto al que hoy tiene a su cargo las diligencias preliminares. Ese incidente generado aún sigue a cargo de aquel.

3.5 En relación al **segundo pedido**, el juez refiere que se advierte de la Disposición N.º 14, del diez de agosto de dos mil dieciocho, que en la presente investigación preliminar no se ha realizado imputación alguna por el tipo penal de crimen organizado, pero se ha adecuado el plazo de la investigación al establecido en la Ley N.º 30077. En ese sentido, argumenta que, a su criterio y de la interpretación de la Ley N.º 30077 (artículos 1-5), resulta posible la aplicación de esta ley en su aspecto procesal, es decir, para investigaciones que guardan relación a organizaciones criminales y sin la necesidad de imputar este tipo penal, como reclama la defensa. Resalta que se debe a la especial complejidad de este tipo de investigaciones (artículo 4). Sin embargo, tiene que existir por lo menos una mínima referencia de que se trata de una organización criminal o que la investigación se encuentra vinculada a una de ellas.



3.6 Por tanto, al tratarse de una investigación vinculada a la presunta participación de la empresa Odebrecht en una obra de envergadura y considerando su *modus operandi*, se cuenta con un indicio objetivo y relevante para adecuar la presente investigación a la referida Ley N.º 30077. Así, precisa el juez que se trata de una organización criminal internacional que se dedicaba al pago de comisiones ilícitas en el marco de contrataciones públicas. En consecuencia, el plazo de las diligencias preliminares en este tipo de casos, según lo establecido por la Corte Suprema y como bien ha reconocido la defensa, es de treinta y seis meses, por lo que el pedido de la defensa debe declararse improcedente pues no ha vencido aún.

3.7 En conclusión, señala que los derechos invocados en la primera solicitud no son susceptibles de ser protegidos a través de la tutela de derechos. Ninguno de ellos ha sido vulnerado, de modo que se habilite la intervención correctora del órgano jurisdiccional. Respecto al segundo pedido, afirma que en la presente investigación no existe imputación por el delito de organización criminal, por tanto, no se puede solicitar precisión alguna; además, si bien la defensa varió su pretensión primigenia a control de plazos, ha quedado establecido que es factible la aplicación procesal de la Ley N.º 30077 y, en el presente caso, el plazo de treinta y seis de diligencias preliminares no ha vencido. Por estos argumentos, el *a quo* resolvió declarar improcedentes las solicitudes de tutela de derechos formuladas por la defensa de la investigada Heredia Alarcón.

IV. ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

4.1 La defensa de la recurrente solicita que se **revoque la resolución apelada** y, reformándola, se declaren fundadas las tutelas formuladas. En ese sentido sostiene que en la resolución apelada se incurre en errores que se proceden a detallar.

4.2 Señala que existe una indebida interpretación de los derechos que pueden ser protegidos vía tutela, ya que este mecanismo existe para evitar acciones extrapenales y resolver la lesión de derechos al interior del proceso penal; por tanto, no puede limitarse su ámbito de acción a la lesión de los derechos informativos. Así, con base al análisis del artículo 71 del CPP, precisa que los incisos 1 y 4 hacen referencia a "los derechos que la constitución y las leyes reconocen al imputado", lo cual demostraría que se trata de una lista cerrada.

4.3 Menciona que se ha interpretado indebidamente el ámbito de protección del artículo 251 del CPP, pues sostiene que el término "afectado" del citado artículo incluye a cualquier parte procesal que



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

se vea menoscabada en alguno de sus derechos por la imposición, en el caso concreto, de una medida limitativa de derechos. Por tanto, a su criterio, el investigado podría solicitar el reexamen de la medida ya que se ve limitado en su derecho de contradicción al no tener conocimiento de la identidad del testigo. Con ello se afectaría el derecho de defensa. En audiencia recalcó que la imputación contra su patrocinada se remite a la declaración de un testigo protegido. Por ello, se justifica la necesidad de conocer los motivos por los que el Ministerio Público dispuso la protección al testigo.

4.4 Refiere que es errado sostener en la recurrida que el fiscal que actualmente dirige la investigación no tiene la capacidad de notificar la disposición de protección del testigo, debido a que es otro fiscal el que ordenó la medida en cuestión.

4.5 Señala como último error la fundamentación en relación a la aplicación de la Ley N.º 30077 en el ámbito procesal sobre el plazo de las diligencias preliminares para casos de crimen organizado sin necesidad de una vinculación sustancial. Al respecto, alega que la citada ley no introduce un nuevo delito, debido a que modifica el tipo penal establecido en el artículo 317 del CP y tampoco es una ley especial porque no es autónoma. Por tanto, con base en doctrina nacional e internacional, argumenta que la norma adjetiva o procesal y la norma sustantiva o material no puede aplicarse indistintamente, es decir, es necesario que exista una relación entre ambas. En consecuencia, considera que es insostenible la aplicación de la norma en cuestión para efectos procesales sin ninguna imputación penal contra persona alguna.

V. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.1 El fiscal superior, en audiencia, solicita que se confirme el auto recurrido. Asimismo, señala que se debe considerar que el contenido de la recurrida delimita el debate y la resolución que emitirá la Sala Superior. Precisa que la resolución apelada es de improcedencia, por ende, no existe pronunciamiento sobre el fondo.

5.2 Respecto al primer pedido de tutela (notificación de la disposición que ordena la protección de un testigo), señala que la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios 4-2010 y 2-2012 ha establecido que los derechos protegidos por esta acción se encuentran taxativamente previstos en el artículo 71 del CPP. Este criterio tiene carácter vinculante, conforme al artículo 22 de la LOPJ. Por tal motivo, argumenta que, entre los derechos informativos protegidos, no se



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

encuentra el derecho a reclamar sobre la imposición indebida de una medida de protección, como se pretende.

5.3 Afirma que la defensa podría cuestionar la falta de racionalidad de la decisión fiscal sobre la referida medida, puesto que el artículo 251 del CPP cuando hace mención al "afectado" de una medida de protección no se está refiriendo a aquella persona sobre la cual recae la misma, es decir, coincide con la defensa en el sentido en que con este término puede comprenderse al imputado. Agrega que el ordenamiento procesal ha establecido otras vías de protección para reclamar la eventual vulneración del derecho alegado por la defensa, por ejemplo, menciona los artículos 337.5, 334.2 y 343.2 del CPP.

5.4 Argumenta que, a su consideración, es correcto el razonamiento del juez de declarar improcedente la petición de notificación, por tratarse de otra unidad orgánica fiscal, la que ha dispuesto la medida de protección y no el Equipo Especial, a cargo del presente caso. Refiere que en la Carpeta fiscal N.º 475-2016, el fiscal provincial Reynaldo Abia Arrieta dispuso la apertura de investigación y, entre otros, comprendió como investigada a Nadine Heredia Alarcón. No obstante, parte de esta investigación fue derivada al Equipo Especial, sin perjuicio de ello el proceso primigenio continuó y, actualmente, se encuentra en fase intermedia. En ese sentido, señala que si la defensa reclama ante el fiscal del Equipo Especial sobre la medida de protección del testigo, en el caso que esta sea levantada, se podría afectar negativamente el objeto y tramitación del otro proceso, a cargo del despacho del fiscal Abia Arrieta. Motivo por el cual sostiene que es ante este último despacho que debe intentarse el reexamen de la medida.

5.5 Sobre la segunda solicitud de tutela (aplicación procesal de la Ley N.º 30077 para el plazo de las diligencias preliminares), refiere que es improcedente porque no es la vía para cuestionar una situación relacionada al plazo, toda vez que se tiene una vía propia para ello. Por otro lado, manifiesta, que si se analiza la pretensión como control de plazo también es improcedente, porque no se ha cumplido con el requisito procedimental de instar a la Fiscalía para que ponga fin a las diligencias preliminares de investigación, de modo que se infringe el artículo 334.2 del CPP.

VI. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En atención a los agravios formulados por la defensa y al debate generado en audiencia, resulta necesario efectuar algunas precisiones en relación a los derechos, principios e instituciones



procesales invocados con la finalidad de comprender sus alcances y abordar su adecuada aplicación en el análisis del caso en concreto.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

6.1 La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, contempla las garantías procesales que toda persona puede ejercer cuando se encuentra sometida a órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, las cuales se encuentran en torno a los derechos de defensa y a un debido proceso ante actuaciones del Estado que puedan vulnerar derechos fundamentales². En esa misma línea, el artículo 139, inciso 3, de nuestra Constitución Política reconoce la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional como principio y derecho de la función jurisdiccional, de manera que se garantiza que ninguna persona pueda ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos.

6.2 Sobre los límites de la tutela jurisdiccional efectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, ello no implica que la judicatura, *prima facie*, tenga la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que, simplemente, se encuentra en obligación de acogerla y brindarle tanto una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. A su vez, se efectúa un análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento, cualquiera que sea su resultado. También, se precisa que el juez tiene la facultad de verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia señalados en la ley procesal³.

Sobre la acción de tutela de derechos

6.3 De autos se desprende que el auto materia de impugnación se encuentra referido a la institución procesal denominada "acción de tutela" o "tutela de derechos", prevista en el artículo 71, inciso 4, del CPP, por la cual el imputado puede acudir al juez de investigación preparatoria cuando considere que durante esta etapa –incluidas las diligencias preliminares– no se ha dado cumplimiento a los derechos

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en términos similares en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, fundamento jurídico 69; y el caso Ivcher Bronstein vs. Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, fundamentos jurídicos 102-104.

³ Sentencia de fecha 13 de abril de 2005, Expediente N.º 763-2005-PA/TC, fundamento jurídico 8.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

reconocidos por la Constitución y las leyes, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos legales. Asimismo, respecto a su procedimiento se prevé que en mérito a la petición formulada, el juez, previa audiencia con intervención de las partes, dispondrá la subsanación de la omisión o dictará las medidas de corrección o protección que considere pertinentes.

6.4 En relación a lo anterior, los jueces en lo Penal de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116⁴, han establecido que la finalidad esencial de la tutela de derechos es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Por tanto, es uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función fiscal, que deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas. Esto significa que la tutela de derechos constituye una medida que regula las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido⁵.

6.5 Se desprende del artículo 71.4 del CPP que los efectos jurídicos de la acción de tutela consisten en que el juez de investigación preparatoria dispondrá la subsanación⁶, corrección⁷ o protección⁸ respecto a los derechos y/o garantías del investigado vulnerados con actos arbitrarios, ilegales, irregulares o errores graves, efectuados tanto por la Fiscalía, la Policía o ambos. En consecuencia, sobre las medidas que pueda adoptar el juez, entendemos las siguientes acepciones:

1) Subsanación: cuando se verifique, en las disposiciones fiscales de imputación de la investigación preliminar y preparatoria la existencia de un relato fáctico, conducta, calificación jurídica, pena, indicios o elementos de convicción genérica, oscura, vaga o ambigua, se ordenará **reparar o remediar** el defecto formal de la imputación, por quebrantar el derecho de defensa y la imputación suficiente en contra del investigado.

⁴ De fecha 16 de noviembre de 2010. Asunto: Audiencia de tutela.

⁵ Acuerdo Plenario N.º 4-2010-CJ-116, fundamentos jurídicos 11 y 13.

⁶ Según el Diccionario de la lengua española (RAE), el verbo *subsanar* en su segunda acepción, consiste en "reparar o remediar un defecto" (Cf. en <https://www.rae.es/>).

⁷ Según la RAE, el verbo *corregir* en su primera y quinta acepciones significa "acción y efecto de enmendar y (...) Alteración o cambio que se hace en las obras escritas o de otro género, para quitarles defectos o errores o para darles mayor perfección" (Cf. <https://www.rae.es/>).

⁸ Según la RAE, el verbo *proteger* en su primera y segunda acepciones significa "resguardar a una persona (...) de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo, etc. (...) Amparar, favorecer, defender a alguien o algo" (Cf. <https://www.rae.es/>).



2) **Corrección:** una vez determinado que el acto procesal ha vulnerado el derecho fundamental y/o legal del investigado, se ordenará **enmendar defectos** o errores sustanciales de la actuación fiscal o policial, por ejemplo: indebida notificación, declaratoria de reo contumaz sin notificación, realización de inspección ocular sin notificación al imputado, entre otros.

3) **Protección:** comprobadas la existencia de actos de investigación, elementos de convicción (documental, indagatorio o material) y diligencias fiscales y policiales arbitrarios, ilegales, irregulares y/o con errores graves, se ordenará la **exclusión** de los mismos por atentar contra derechos fundamentales del investigado.

6.7 Por otro lado, debemos resaltar que se trata de una acción procesal de carácter residual, esto es, opera cuando el ordenamiento procesal no especifique el camino determinado para la reclamación por un derecho afectado. Asimismo, en relación al procedimiento, se reconoce que el juez de investigación preparatoria tiene la facultad de realizar un control de admisibilidad del contenido del pedido de tutela de derechos –sin convocar a audiencia–, lo cual tendría lugar cuando el agravio pudiera tornarse irreparable o cuando se aprecie manifiesta intención del imputado o su abogado defensor de obstruir la labor de investigación?

Sobre la interpretación de las normas procesales

6.6 El artículo VII del Título Preliminar del CPP establece los parámetros que deben seguirse para una adecuada interpretación de la ley procesal penal; así, el inciso 3^o nos circunscribe a una interpretación restrictiva del texto de la norma cuando se limite la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas. En consecuencia, cuando nos encontremos frente a preceptos normativos que restrinjan cualquier derecho fundamental, la interpretación sobre sus alcances debe ceñirse a lo expresamente regulado, es decir, es inadmisibles deducir o realizar para su aplicación.

6.7 En esa línea, los jueces supremos en lo Penal de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CJ-116¹¹, han señalado que la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento

⁹ Acuerdo Plenario N.º 4-2010-CJ-116, fundamentos jurídicos 14 y 15.

¹⁰ El art. VII, inciso 3, del CPP precisa: "La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente {...)".

¹¹ De fecha 1 de junio de 2016. Asunto: La agravante del Delito de Violencia y resistencia contra la Autoridad Policial: Tipicidad y Determinación Judicial de la Pena.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

no sea puramente legal, sino –y ante todo– un razonamiento constitucional. Desde el enfoque, el primer análisis que debe realizarse no es el de la aplicación inmediata de la norma, sino la evaluación de su validez dentro del sistema jurídico, esto es, desde su conformidad con la Constitución¹².

VII. CONTROVERSIA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

7.1 De acuerdo a los fundamentos de la resolución recurrida, los agravios expuestos por la defensa de la investigada Heredia Alarcón, así como por los argumentos de la posición del representante del Ministerio Público, esta Sala centrará su análisis en determinar si la decisión de improcedencia respecto a las solicitudes de tutela de derechos –contenida en la Resolución N.º 4, de fecha trece de agosto de dos mil diecinueve– ha sido emitida conforme a derecho.

7.2 Asimismo, debemos señalar que el derecho-garantía a recurrir o apelar las decisiones emitidas por un órgano jurisdiccional, reconocido en nuestro marco normativo nacional¹³ y supranacional¹⁴, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo implica que un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho¹⁵, sino que debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida¹⁶ y procurarse resultados o respuestas para el fin por el cual fue concebido¹⁷. Por ello, lo que será materia de pronunciamiento por esta Sala Superior se circunscribe a los agravios formulados por el recurrente.

¹² Fundamento jurídico 11.

¹³ El artículo 139.6 de la Constitución Política del Perú establece que "son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de instancia".

¹⁴ El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende las garantías judiciales que tiene toda persona al comparecer ante un órgano jurisdiccional. En su inciso 2, referido a los derechos que tiene una persona inculpada de un delito, en el literal h, expresamente se contempla el "derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior".

¹⁵ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de junio de 2004.

¹⁶ Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de febrero de 2017.

¹⁷ Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2012. En términos similares se ha pronunciado en el caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013.



VIII. FUNDAMENTOS DE LA SALA PARA RESOLVER

8.1 Conforme al recurso impugnatorio, la defensa pretende que se revoque la resolución apelada y, reformándola, se declaren fundadas las tutelas de derechos formuladas que sostienen la afectación al derecho de defensa, legalidad procesal, tutela jurisdiccional e imputación necesaria. Para tal efecto, precisa los errores en los que, a su criterio, se habría incurrido en la citada resolución y enuncia alegaciones en torno a los mismos. En consecuencia, procederemos a analizar cada uno de estos cuestionamientos.

Derechos que pueden ser protegidos vía tutela

8.2 La defensa sostiene que el a quo yerra al señalar que la tutela de derechos solo protege la presunta afectación de los derechos informativos. En esa línea, alegó que con este mecanismo se protegen los derechos que la Constitución y las leyes reconocen (artículo 71, incisos 1 y 4 del CPP), por ende, su ámbito de acción no puede ser limitado. Por su parte, el fiscal superior refirió que la Corte Suprema ha establecido el carácter taxativo de la tutela de derechos (Acuerdos Plenarios 4-2010 y 2-2012) y que los órganos jurisdiccionales deben respetar este criterio, pues de lo contrario tendrían que sustentar su respectiva desvinculación.

8.3 Al respecto, debemos tomar en cuenta que conforme se ha desarrollado por la Corte Suprema¹⁸ y según a los pronunciamientos emitidos por esta Sala Penal de Apelaciones¹⁹, el criterio referido a que

¹⁸ En el Auto de apelación AV. 05-2018-"1", de fecha 21 de agosto de 2018, emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema se aprecia, del fundamento 2.3, que se admite la acción de tutela de derechos para tutelar la presunta afectación al derecho fundamental a un juez predeterminado por ley durante las diligencias preliminares, pues no existe otra vía idónea para la protección de este derecho. Asimismo, se desprende de la Resolución N.º 3, de fecha 22 de agosto de 2019, emitida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria en el Exp. N.º 0002-2019-7-5001-JS-PE-01, en su fundamento sexto, que de una interpretación del inciso 4, artículo 71 del CPP, la tutela de derechos no se limita a los derechos descritos textualmente en la norma, sino que también protege otros derechos que se encuentren relacionados con aquellos y con los derechos fundamentales del imputado que no tengan vía propia, para lo cual se debe considerar la etapa procesal.

¹⁹ En el fundamento jurídico 6.3 de la Resolución N.º 12, de fecha 23 de agosto de 2019, emitida en el Expediente N.º 00039-2018-4-5201-JR-PE-03, se explica que desde una interpretación convencional, constitucional, legal y sistemática de los incisos 1 y 4, artículo 71 del CPP, no podría considerarse una lista cerrada de los derechos protegidos por la acción de tutela, pues ello limitaría la capacidad del imputado de acudir al órgano jurisdiccional ante actos arbitrarios, ilegales e irregulares de la Fiscalía y la Policía en el decurso de las investigaciones.



la acción de tutela solo protege los derechos enumerados en el artículo 71 del CPP se ha ido flexibilizando. Ello en atención a que, en casos específicos, se analizó previamente que no existía otra vía alternativa e idónea para proteger los derechos alegados por los imputados y de acuerdo a la etapa del proceso penal.

8.4 Debemos resaltar que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de realizar un control de admisibilidad de esta acción procesal a efectos de evaluar la razonabilidad de lo peticionado. De modo que el carácter taxativo de la tutela de derechos se relaciona con su naturaleza residual, pues admitir una protección amplia de todos los derechos que le asisten al imputado implicaría la posibilidad de que se cuestionen irracionalmente las actuaciones del Estado en su búsqueda de la verdad, como fin del proceso penal. Así, como toda disposición fundada en derecho tiene límites y su uso excesivo desmerece el derecho contenido en sí mismo. Es por ello que el juez de investigación preparatoria es el competente para regular estas posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido, tal como se desarrolló en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010-CJ-116. Por tanto, la alegación de la defensa es de recibo en este extremo.

8.5 Por otro lado, este Colegiado aprecia, tanto de la recurrida como del debate de segunda instancia, que el tema central que motiva el primer pedido de la defensa es que se le notifique la disposición que ordena la protección del testigo con clave N.º 01-2016, pues señala que se le investiga a su patrocinada a partir de la información que ha brindado este y, a su parecer, al tener acceso a la citada disposición posteriormente podrá solicitar un reexamen de la medida. Este argumento conllevó al análisis sobre la interpretación del artículo 215 del CPP. Pero debemos anotar que el *a quo* desarrolló argumentos que, en concreto, desestiman el primer pedido de tutela; sin embargo, se aprecia que no existe una correlación entre el análisis sobre este y la decisión judicial, pues finalmente lo declaró improcedente.

Respecto a la interpretación del artículo 251 del CPP

8.6 La defensa señala como error que el juez considere que, según el artículo 251.1 del CPP, el "afectado" con la medida, quien puede acudir vía reexamen, es el propio testigo protegido. En esa línea alegó que por "afectado" debe entenderse a cualquier sujeto procesal que se encuentre afectado en sus derechos. Como el caso de su patrocinada, quien como investigada se ve afectada en su derecho de defensa (contradicción) con la medida de protección al testigo y, por ende, se encontraría legitimada para solicitar el reexamen de misma. Sobre este punto, el fiscal superior, en audiencia, coincidió con



la defensa en el sentido que el artículo 251.1 del CPP cuando se refiere al "afectado" con una medida de protección no se trata de la persona sobre la cual recae esta.

8.7 Al respecto, de la recurrida se aprecia que el juez señaló que admitir el pedido de la defensa (notificación de la disposición fiscal) sería desnaturalizar la acción de tutela y permitir un control del órgano jurisdiccional sobre todas las actuaciones del Ministerio Público, además, que no comparte la interpretación postulada por la defensa, pues se debe tomar en cuenta que las medidas de protección pueden ser de oficio o a pedido de la parte interesada. Esta última si finalmente no se encuentra conforme con la medida adoptada por el fiscal puede acudir vía reexamen ante el órgano jurisdiccional.

8.8 En consecuencia, resulta pertinente analizar el texto del artículo 251.1 del CPP, que establece: "*contra la disposición del fiscal que ordena una medida de protección, procede que el afectado recurra al juez de investigación preparatoria para que examine su procedencia*". Para interpretar esta norma debemos observar que en materia procesal penal las restricciones de los derechos de las personas deben ser interpretadas restrictivamente (artículo VII, inciso 3, Título Preliminar del CPP) y, también, efectuar un razonamiento desde el enfoque constitucional, a efectos de poder encontrar el espíritu de la norma (Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CJ-116). En consecuencia, nos corresponde dilucidar si el investigado o imputado puede acudir al juez de investigación preparatoria para solicitar el reexamen de una medida de protección.

8.9 Para tal efecto, es necesario contextualizar que el artículo 251.1 del CPP se encuentra en el Título V (medidas de protección), de la Sección II (la prueba), del Libro Segundo (la actividad procesal), del CPP. El referido título inicia con el artículo 247, el cual establece que las medidas de protección son aplicables para los testigos, peritos, agraviados, agentes especiales o colaboradores que intervengan en los procesos penales; sin embargo, para disponer estas, la autoridad competente (fiscal o juez) tendrá que racionalmente evaluar la existencia de un peligro grave a la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse. De este modo, se encuentran determinados los sujetos procesales sobre los cuales recaen los preceptos normativos referidos a las medidas de protección, dentro de los cuales no se incluye al investigado o imputado, como alega la defensa.

8.10 Esto último guarda relación con la etapa procesal en la que se pueden utilizar y solicitar las medidas de protección, esto es, durante la investigación preparatoria hasta el juicio oral, ello debido a que en



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

el artículo 250.1 del CPP se prevé que el órgano judicial competente para el juicio se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección. En ese sentido, corresponde resaltar que las medidas de protección solo serán aplicables cuando existan circunstancias de un peligro grave y hasta que se lleve a cabo el juicio oral, pues su finalidad es cautelar los testimonios de los órganos de prueba²⁰, lo que guarda correspondencia con el principio de confidencialidad²¹. Por lo que es evidente que su tratamiento es especialísimo y carecería de sentido admitir que el imputado pueda solicitar un reexamen de la medida de protección sobre un órgano de prueba. Este pedido solo atendería a sus intereses, de acuerdo a su estrategia en el caso y podría poner en riesgo la identidad del protegido.

8.11 Asimismo, la defensa señaló que limitar el acceso a solicitar un reexamen de la medida de protección afectaría el derecho de defensa de su patrocinada, pues se le investiga a partir de la información brindada por el testigo con identidad de reserva. Sobre este punto, entendemos que al encontrarse con reserva la identidad del testigo, puede considerarse como "prueba sospechosa" y, por tanto, es de aplicación la exigencia del artículo 158.2 del CPP, lo que implica que su testimonio tiene que estar corroborado con otros medios de prueba. De este modo, se equipara el principio de contradicción, tal como se explica en la Casación N.º 292-2019/Lambayeque²², y no se ve afectado el derecho de defensa. En consecuencia, no se aprecia vulneración alguna a los derechos de la recurrente, por ende, no existiría agravio y debe desestimarse la alegación de la defensa.

²⁰ El Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1558-2008-MP-FN, del 11 de diciembre de 2008, señala lo siguiente: "Artículo 2, Finalidad: Promover el adecuado cumplimiento de las medidas de asistencia diseñadas por el Programa de Asistencia a víctimas y testigos del Ministerio Público, con la finalidad de **cautelar sus testimonios o aportes para que no sufran interferencia o se desvanezcan por factores de riesgo ajenos a su voluntad**" (el resaltado es nuestro).

²¹ El Decreto Supremo N.º 003-2010-JUS, publicado el 13 de febrero de 2010 en el diario oficial *El Peruano*, aprueba el Reglamento de Protección de testigos, peritos, agraviados y colaboradores, a que se refiere el Título V, Sección II, Libro Segundo del Código Procesal Penal, en el cual en su artículo 3, establece lo siguiente: " Toda actuación en materia de protección se regirá por los siguientes principios: b) **Confidencialidad**, toda información inherente a la **identidad del protegido será mantenida como cuestión de seguridad recíproca entre el Fiscal, Juez y Policía (...)**" (el resaltado es nuestro).

²² De fecha 14 de junio de 2019, fundamento jurídico duodécimo.



Respecto a que el fiscal a cargo de la investigación es distinto al que dispuso la medida de protección del testigo

8.12 Otro de los cuestionamientos de la defensa está referido al argumento de que el fiscal que dirige la investigación (Equipo Especial) no tiene la capacidad de notificar la disposición de protección del testigo, debido a que es otro fiscal el que ordenó esta medida. Sobre ello, si bien se verifica de la resolución apelada que se hace mención a esta situación, como se ha expuesto precedentemente, consideramos que la investigada, en el presente caso, no cuenta con legitimidad para solicitar el reexamen de la medida de protección del testigo, que es lo que finalmente pretende la defensa al pedir que se le notifique con la citada disposición. En consecuencia, esta alegación tampoco tiene asidero.

8.13 Sumado a lo anterior, es necesario resaltar que, de acuerdo a nuestro modelo procesal penal quien dirige la investigación preparatoria –incluida la investigación preliminar– es el representante del Ministerio Público (artículo 322, inciso 1, del CPP). Por tanto, es la única parte procesal autorizada para realizar actos de investigación, así como reunir elementos de convicción de cargo y de descargo (artículo 387, incisos 1 y 4, del CPP²³). De manera que las demás partes procesales e intervinientes deben recurrir ante el Ministerio Público para la recaudación de elementos de convicción o realización de actos de investigación²⁴. En consecuencia, se hace presente a la defensa que de estimar necesaria alguna diligencia, conveniente a su estrategia del caso, deberá solicitarla a la Fiscalía competente.

Sobre la aplicación procesal de la Ley N.º 30077

8.14 La defensa de la recurrente señaló como último error que en la resolución apelada se admite la aplicación de la Ley N.º 30077 en el ámbito procesal, específicamente respecto al plazo de las diligencias preliminares, sin que exista una imputación concreta por un delito de crimen organizado. Alega que esto es insostenible, pues no se puede fragmentar la parte procesal de la parte sustantiva.

²³ El art. 337, en sus incisos 1 y 4, establece: "1.- El fiscal realiza las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley. 4. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos".

²⁴ Criterio establecido por esta Sala Penal de Apelaciones en la Resolución N.º 5, de fecha 8 de febrero de 2019, emitida por en el Expediente N.º 00019-2018-9-5201-JR-PE-03, fundamentos jurídicos 5.7 y 5.8.



8.15 Al respecto, de la recurrida se advierte que se ha sustentado, a través de la interpretación de los artículos 1-5 de la Ley N.º 30077, por qué es admisible la aplicación de la citada ley en su aspecto procesal (fundamentos 21, 22 y 23). En ese sentido, consideramos pertinente resaltar que la Ley N.º 30077 contiene tanto aspectos sustantivos como procesales, pues, tiene por objeto fijar reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales (artículo 1); asimismo, se precisa que es aplicable para integrantes de una organización criminal, **personas vinculadas** a ella o que actúan por encargo de la misma (artículo 4), que cometan los delitos señalados en su artículo 3.

8.16 Además, en su artículo 2, establece criterios para determinar la existencia de una organización criminal; sin embargo, no constituye propiamente la incorporación de un tipo penal. Así, lo han precisado recientemente los jueces supremos en lo penal en el Acuerdo Plenario N.º 10-2019/CIJ-116²⁵: "el artículo 2 de la ley solo introdujo un **criterio operativo** para definir el ámbito objetivo o los alcances del proceso con especialidades procedimentales en materia de crimen organizado a los efectos de la aplicación de sus preceptos. El citado artículo 2 de la ley no se erige, por tanto, en un tipo penal, sino consagra la institucionalización de un verdadero proceso con especialidades procedimentales"²⁶.

8.17 En ese orden de ideas, esta Sala Superior considera que es factible aplicar las disposiciones procesales de la Ley N.º 30077 en procesos o investigaciones en los que no se tenga específicamente una imputación por un delito de crimen organizado, siempre que previamente se verifique la vinculación a una organización criminal. Esto obedece a la naturaleza compleja de este tipo de casos, debido a que se trata de la investigación y/o procesamiento una de cantidad significativa de imputados, multiplicidad de delitos y recolección de prueba directa e indirecta rodeada de especial dificultad para su acceso, pues en aplicación de las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, las organizaciones criminales procurarán evitar su identificación y eludir responsabilidad en relación a sus crímenes. Por ello, se hace necesaria la utilización de técnicas especiales de investigación, plazos amplios para la realización de diligencias, entre otras medidas.

²⁵ De fecha 10 de setiembre de 2019. Asunto: Organización criminal y técnicas especiales de investigación.

²⁶ Fundamento jurídico 3, segundo párrafo.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

8.18 En el presente caso, se investiga la presunta comisión de los delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión agravada y lavado de activos, los cuales se encuentran dentro de la lista de delitos a los que es aplicable la Ley N.º 30077 (artículo 3). Asimismo, de acuerdo a los hechos²⁷, se investiga la presunta existencia de tratos ilícitos entre los representantes de Odebrecht y la ex pareja presidencial Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón respecto al proyecto "Mejoramiento de la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano". Al respecto, debemos precisar que la empresa Odebrecht ha operado como una organización criminal internacional que ha actuado a través del pago de comisiones ilícitas en el marco de contrataciones públicas realizadas en diversos países, entre ellos, el Perú, tal como esta Sala Penal de Apelaciones ha señalado en pronunciamientos anteriores²⁸. Por tanto, podemos concluir que, en el presente caso, resulta totalmente factible que se aplique la Ley N.º 30077 en su aspecto procesal, pues se verifica la vinculación a una organización criminal, circunstancia que reviste especial complejidad.

8.19 En ese sentido, la actuación del Ministerio Público en la Disposición N.º 14, del diez de agosto de dos mil dieciocho, es correcta pues especificó que no existe imputación penal contra alguno de los investigados, pero que sí se adecuó el plazo de la investigación a la Ley N.º 30077. Por tanto, el cuestionamiento de la defensa no es de recibo.

8.20 Finalmente, en cuanto al control de plazos propiamente dicho, planteado como segundo pedido de tutela, tenemos que señalar que el a quo no debió aceptar que la defensa modifique su pedido en audiencia, pues no se ha preservado la aplicación del principio de igualdad de armas, es decir, ha permitido que el Ministerio Público se encuentre en una situación desventajosa. Es por ello que nuestro modelo procesal penal otorga preponderancia a la escrituralidad, la cual da lugar a la oralidad. De esta manera cuando se convoca a audiencia, las partes tienen conocimiento del tema o materia a discutir.

²⁷ Conforme a la Disposición N.º 35, de precisión y ampliación de los hechos materia de investigación preliminar, de fecha 1 de julio de 2019.

²⁸ Fundamento décimo quinto de la Resolución N.º 2, de fecha 17 de mayo de 2019, emitida en el Expediente N.º 43-2018-7-5201-JR-PE-03. En el mismo sentido, en el fundamento vigésimo cuarto de la Resolución N.º 3, de fecha 13 de febrero de 2019, en el Expediente N.º 29-2017-16-5201-JE-PE-03. De igual forma, en el fundamento octavo de la Resolución N.º 5, de fecha 4 de diciembre de 2018, emitida en el Expediente N.º 30-2017-5. También en el fundamento 4.2.5 de la Resolución N.º 2, de fecha 6 de junio de 2017, emitida en el Expediente N.º 11-2017-5-5201-JR-PE-03.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

8.21 Sin perjuicio de lo anterior, en atención a la naturaleza residual de esta acción procesal no es factible analizar el referido pedido, debido a que el CPP prevé un mecanismo específico para instar al Ministerio Público a que finalice la investigación; además, antes de acudir ante el órgano jurisdiccional para cuestionar que el plazo de investigación es excesivo o que se ha vencido, debe previamente solicitarse al fiscal a cargo, conforme lo establece el artículo 334.2 del CPP, requisito procedimental que no se ha cumplido en el presente caso. En consecuencia, la solicitud de la defensa ha sido correctamente declarada improcedente.

Conclusión

8.22 Es del caso resaltar que conforme se han analizado los cuestionamientos de la defensa en torno a la argumentación del *a quo*, estos han sido desestimado; en consecuencia, corresponde confirmar la decisión judicial venida en grado.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación de los artículos 71, inciso 4, y 409 del CPP, y demás normas invocadas, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.º 4, de fecha trece de agosto de dos mil diecinueve, emitida por el juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resolvió **declarar improcedentes las solicitudes de tutela de derechos** por la presunta afectación de los siguientes derechos: 1) a la defensa eficaz, legalidad procesal y tutela jurisdiccional efectiva; y 2) a la imputación necesaria, la que varió a control de plazo. Lo anterior, con motivo de la investigación que se sigue en contra Nadine Heredia Alarcón y otros por la presunta comisión del delito de colusión agravada y otros en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.**

Sres.:

[Firma]
SALINAS SICCHA

[Firma]
ANGULO MORALES

[Firma]
ENRIQUEZ SUMERINDE



[Firma]
KAROL ASTRITH ZEA SALAS
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
1ª Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios

