

La declaración testimonial espontánea y el derecho de contradicción en la fase de investigación. Apelación infundada

En fase de investigación preparatoria rige de manera general el principio de emplazamiento de los sujetos procesales y la posibilidad de contradicción. El mandato del principio se satisface con la sola notificación de los sujetos procesales. Sin embargo, conforme al artículo 338.1 del Código Procesal Penal, existen circunstancias excepcionales que habilitan al Ministerio Público para prescindir de la comunicación y participación de los sujetos procesales en las diligencias de investigación. Estas excepciones guardan estrecha relación con los casos en los que existe un testimonio espontáneo, que resulta imperativo recibir. En el caso, la Fiscalía recibió unilateralmente —sin comunicar a los demás sujetos procesales— la declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019, que adquirió tal calidad por temor a la afectación de su integridad física y su vida. Es notorio que debió procederse de tal manera para evitar la amenaza real a la persona del testigo denunciante, asegurar que la diligencia se llevara a cabo con normalidad y esta pueda servir para el éxito de la investigación. De este modo, es claro que el proceder fiscal halla amparo en la normativa procesal citada y en las exigencias constitucionales de protección de la vida e integridad de la persona humana. El déficit de contradicción, por lo demás, puede ser colmado en momentos posteriores de la investigación y, de ser el caso, en el juicio oral.

AUTO DE APELACIÓN

Sala Penal Permanente

Recurso de Apelación n.º 95-2023/Del Santa

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

AUTOS Y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por el encausado JOSÉ ANTONIO MENDOZA CHÁVEZ¹ (foja 40) contra el auto de primera instancia, del diecisiete de abril de dos mil veintitrés (foja 33), emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró infundado el pedido de tutela de derechos (foja 1), interpuesto con el fin de que se decrete la nulidad y la exclusión del acta de declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019, en la investigación que se sigue contra el mencionado encausado por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

CONSIDERANDO

¹ Ante la existencia de homónimos, conforme al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, se precisa el número del documento nacional de identidad del encausado: 32136876.

§ I. Del procedimiento en primera instancia

Primero. A través del escrito pertinente (foja 1), el encausado JOSÉ ANTONIO MENDOZA CHÁVEZ dedujo tutela de derechos, con el fin de que se decrete la nulidad y la exclusión del acta de declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019, cuya realización habría vulnerado el derecho de defensa. El Juzgado Superior de Investigación Preparatoria, por decreto del veintiocho de marzo de dos mil veintitrés (foja 18), programó la audiencia y estableció los apercibimientos correspondientes. Sin embargo, la audiencia se reprogramó para el diecisiete de abril del dos mil veintitrés, según el decreto del diez de abril del mismo año (foja 25).

Segundo. La audiencia de tutela de derechos se llevó a cabo en la fecha reprogramada, con participación del Ministerio Público y el encausado —que ejerció su propia defensa—. También se sometieron a debate los fundamentos de la solicitud, según el acta respectiva (foja 27). Después, el Juzgado de Investigación Preparatoria emitió el auto del diecisiete de abril de dos mil veintitrés (foja 33), por el que declaró infundado el pedido de tutela de derechos.

Tercero. Contra la decisión de primera instancia, el encausado interpuso recurso de apelación (foja 40). Afirmó que el acto de investigación cuestionado vulneró de manera concreta el derecho a la participación en las diligencias, el derecho a la igualdad de armas, el derecho de contradicción y el principio de legalidad, debido a que la programación de la diligencia de declaración del testigo en reserva no se sustentó en una providencia o disposición ni se notificó a las partes. Denunció que la decisión del *a quo* contravino normas convencionales, constitucionales y legales, así como la jurisprudencia suprema instituida en el Recurso de Apelación n.º 37-2022/Suprema. En ese sentido, solicitó que se revoque el auto de primera instancia, se declare fundada la solicitud de tutela de derechos y, finalmente, se anule y excluya de la investigación el acta de declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019.

Por auto del veinticuatro de abril de dos mil veintitrés (foja 45), se concedió el recurso de apelación y se remitieron los actuados a este órgano jurisdiccional.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Cuarto. De acuerdo con el numeral 3 del artículo 405 del Código Procesal Penal, se expidió el auto de calificación, del veinticinco de julio de dos mil veintitrés (foja 33 del cuaderno supremo), que declaró bien concedido el recurso de apelación. Las partes procesales fueron instruidas sobre su admisión; así lo evidencia el cargo de notificación (foja 36 del cuaderno supremo).

Quinto. A continuación, se expidió el decreto del veintitrés de octubre de dos mil veintitrés (foja 37 del cuaderno supremo), que señaló el martes veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés como data para la audiencia de apelación. Sobre esto se comunicó a los sujetos procesales, conforme al cargo respectivo (fojas 38 y 39 del cuaderno supremo).

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

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Séptimo. El mandato de congruencia exige delimitar el pronunciamiento del Tribunal Supremo. De acuerdo con los motivos del recurso de apelación, el *thema decidendum* se circunscribe a determinar si la declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019 ha de ser excluida de la investigación por infringir derechos fundamentales.

Octavo. El ordenamiento procesal, conforme a la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional², reconoce el principio de emplazamiento de los sujetos procesales y la posibilidad de contradicción en la realización de los actos de investigación. Se debe precisar que no se trata de que la participación de la defensa técnica constituya un presupuesto de validez del acto de investigación. En realidad, es suficiente que se ofrezca la posibilidad, vía notificación, de que los legítimos interesados puedan participar en las diligencias bajo la estricta dirección del fiscal.

De otro lado, también es importante distinguir *los actos de investigación urgentes e inaplazables* de *los actos materiales con vocación de probanza*. En los primeros, es prescindible el emplazamiento previo, por razones obvias. En los segundos, es ineludible la convocatoria de los sujetos procesales, en particular de la defensa técnica del imputado. La urgencia e inaplazabilidad de los actos de investigación —como es el caso de la declaración espontánea de los testigos directos— no impiden su ampliación o incluso su rehacimiento. Pero esto no debe depender de la estrategia litigiosa, sino del encumbramiento de los derechos fundamentales que sean de imposible recuperación posterior.

Noveno. Ahora bien, como igualmente se reconoce en la jurisprudencia referenciada, el emplazamiento y la posibilidad de contradicción no son mandatos absolutos, ceden ante circunstancias excepcionales. Así pues, conforme al numeral 1 del artículo 338 del Código Procesal Penal, la participación de los sujetos procesales en las diligencias de investigación está condicionada, alternativamente, a que sea útil para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación y a que no impida la pronta y regular actuación de la diligencia. Estas excepciones guardan estrecha relación con los casos en los que existe un testimonio espontáneo, que resulta imperativo recibir —dejando constancia de ello, como lo permite el numeral 2 del artículo 164 del código adjetivo, y con la ulterior comunicación de la declaración a los investigados—. En ese sentido, las actuaciones fiscales unilaterales, que prescinden de la participación de los sujetos procesales, son

² SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Apelación n.º 37-2022/Suprema, del catorce de noviembre de dos mil veintidós, fundamento de derecho tercero, literal E.

perfectamente posibles y válidas, siempre que alguna de las circunstancias excepcionales que describe el citado código adjetivo esté debidamente sustentada o su concurrencia sea notoria a partir de los datos concretos del caso.

Décimo. Haciendo una trazabilidad de los eventos procesales pertinentes, se tiene lo siguiente: el once de junio de dos mil diecinueve se presentó la denuncia de un posible hecho punible. Posteriormente, el diecisiete de junio del mismo año, por Disposición n.º 2, la Fiscalía concedió al testigo denunciante la reserva de su identidad y le asignó el código de reserva n.º 01-2019. Luego, el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, dicho testigo se presentó espontáneamente al despacho fiscal e informó su deseo de declarar en ese momento, por temor por su integridad física y su vida. La representante del Ministerio Público decidió recibir el testimonio inmediatamente, sin que se convocara para tal diligencia a la defensa de los investigados, pues no contaba con medios idóneos para proteger la identidad del declarante. Posteriormente —según reconoció la propia defensa en la audiencia ante este Colegiado supremo—, se puso en conocimiento de las partes la declaración testimonial recibida.

Años más tarde, la defensa técnica del recurrente solicitó la ampliación de dicho testimonio. Por Disposición n.º 7, del doce de agosto de dos mil veintidós, se citó y reprogramó tal ampliación para los días veintiséis de septiembre y veinte de diciembre de dos mil veintidós, respectivamente (foja 33). Sin embargo, el nueve de noviembre de dos mil veintidós, la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos informó a la Fiscalía que aún no contaba con la tecnología de protección al testigo en el distrito fiscal del Santa. Adicionalmente, el Testigo en Reserva n.º 01-2019 comunicó telefónicamente que había decidido no colaborar más con la investigación, razón por la cual, mediante providencia fiscal del veintiocho de noviembre de dos mil veintidós, se dio por frustrada la diligencia ampliatoria.

Undécimo. En esta ocasión, el temor del testigo denunciante por su integridad física y su vida motivó que el Ministerio Público reserve su identidad (foja 9). De ahí que, por mandato del inciso 1 del artículo 248 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público se encontraba —y se encuentra— obligado a adoptar las medidas necesarias para preservar la reserva de identidad y la integridad física del denunciante.

En esa línea, la omisión de programar la diligencia de declaración del testigo denunciante por disposición o providencia fiscal y de emplazar a los investigados, a efectos de que participen en esta, encuentra sustento en la espontaneidad y voluntariedad declarativa, así como en la necesidad de salvaguardar la identidad y la integridad física del declarante, de modo que la toma de declaración no significara una oportunidad de poner en riesgo a la persona, se llevara a cabo con normalidad y pueda servir para el éxito de la investigación.

Por tanto, los notorios datos del caso permiten inferir que la diligencia cuestionada en este incidente de tutela de derechos encuentra sustento legal y constitucional. Desde el punto de vista legal, se está ante el supuesto de excepción a la posibilidad de contradicción, que prevé el inciso 1 del artículo 338 del Código Procesal Penal. Desde el punto de vista constitucional, no puede dejarse de lado que, si bien es un deber constitucional respetar las normas relativas a la participación activa de los sujetos procesales en la investigación —conforme se deduce del artículo 38 de la Constitución Política del Perú—, esto no significa que tal deber se cumpla a toda costa, incluso con desprecio de los valores jurídicos que la misma carta fundamental garantiza, como la vida y la defensa de la integridad de la persona humana —artículo 1 de la Constitución Política del Perú—. Por tanto, desde la rectoría del principio de concordancia práctica del canon constitucional del ordenamiento jurídico peruano, lo acontecido en el presente caso posee validez. El imperio del valor jurídico constitucional exige que debe brindarse la protección de su vida e integridad a toda persona que colabore con la justicia, con mayor razón si esta es espontánea en un contexto de lesividad o peligrosidad.

En suma, la diligencia de declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019 es regular, válida y ha de servir para las actuaciones propias de la investigación.

Duodécimo. De acuerdo a lo anterior, se descarta la posibilidad de afectación del principio de legalidad procesal y la denunciada contravención a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. El ordenamiento procesal penal y el ordenamiento constitucional, como se anotó, no proscriben necesariamente las actuaciones fiscales unilaterales, que se llevan a cabo sin comunicar a los sujetos procesales, y la jurisprudencia suprema se ha pronunciado en idéntico sentido.

Decimotercero. Ahora bien, es necesario apuntar que la excepcionalidad de la posibilidad de que los sujetos procesales intervengan en el desarrollo de la diligencia no suprime de modo absoluto el goce del derecho de contradicción, pues

[...] el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o **en un momento posterior del proceso** (SSTEDH de veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, *caso Unterpertinger c. Austria*, § 31; de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, *caso Kostovsky c. Holanda*, § 41; de veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa, *caso Windisch c. Austria*, § 26; de diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y uno, *caso Isgro c. Italia*, § 34; de veinte de septiembre de mil novecientos noventa y tres, *caso Saïdi c. Francia*, § 43; y la más reciente, de veintisiete de febrero de dos mil uno, *caso Luca c. Italia*, § 40).

[...] no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatória pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. **Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del**

juicio oral la que cumple con la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial (SSTC 155/2002, de veintidós de julio; y 206/2003, de uno de diciembre). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa» (STC 187/2003, de veintisiete de octubre)³ [resaltado añadido].

Decimocuarto. La contradicción no es absoluta en la fase investigativa. Es prescindible a partir de las condiciones de urgencia e inaplazabilidad de la actuación investigativa o en mérito de los casos de excepción que prevé el ordenamiento procesal para los actos de investigación. Además, ante déficits de contradicción, la nulidad no puede ser la consecuencia necesaria. Ha de tenerse en cuenta que el déficit puede ser colmado con ampliaciones de la diligencia — siempre que fueran posibles— y, de ser el caso, a través del acto de prueba o, en particular, la actuación del testigo en el juicio oral, donde naturalmente el derecho a contradecir despliega todos sus efectos.

Decimoquinto. El *petitum* —la nulidad del acto de investigación—, pretendido en la solicitud de tutela de derechos y reiterado en el recurso de apelación, no es de recibo por los fundamentos expuestos *ut supra*. No se observa afectación de derechos constitucionales. En especial, el déficit de contradicción encuentra justificación legal y, en todo caso, puede ser colmado en etapas posteriores del proceso penal. La decisión del Tribunal *a quo* no se apartó en lo esencial de estos criterios, por lo que debe conservarse. El recurso de apelación no prospera y se declara infundado.

Decimosexto. En cuanto a las costas, no procede que el recurrente las asuma, pues la presente es una resolución interlocutoria, no finiquita el proceso penal. Se aplica, *a contrario sensu*, el inciso 1 del artículo 497 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el encausado JOSÉ ANTONIO MENDOZA CHÁVEZ (foja 40).
- II. **CONFIRMARON** el auto de primera instancia, del diecisiete de abril de dos mil veintitrés (foja 33), emitido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró infundado el pedido de tutela de derechos (foja 1), interpuesto con el fin de que se decrete la nulidad y la exclusión del acta de declaración del Testigo en Reserva n.º 01-2019, en la investigación que se sigue contra el mencionado encausado por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

³ SALA SEGUNDA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia n.º 525/2011, del ocho de junio de dos mil once, fundamento de derecho séptimo, folio diecisiete.



- III. DISPUSIERON** que no corresponde imponer costas a la parte recurrente.
- IV. ORDENARON** que el presente auto de apelación se publique en la página web del Poder Judicial. Hágase saber, y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por vacaciones de la señora jueza suprema Carbajal Chávez.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

PEÑA FARFÁN

LT/cecv