



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUENTE
PIEDRA - VENTANILLA

SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA - SEDE LOS LICENCIADOS
Mz. K5, Lt. 1, Urbanización Los Licenciados - Ventanilla

2° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA - VENTANILLA

EXPEDIENTE : 01824-2019-4-3301-JR-PE-02
JUEZ : RIMACHI PILCO ROBERTH MARTIN
ESPECIALISTA : SUAREZ ARMESTAR LUIS ALFREDO MARCO
MINISTERIO PUBLICO : FPCEDCF 1D VENTANILLA.
IMPUTADOS : FLORES DULANTO, JOSÉ JAVIER
PAREDES PALACIOS, SERGIO ANIBAL
TORRES VEGA, FERNANDO MANUEL
LUYO TOLSA, IVÁN DEMETRIO
SPADARO PHILIPPS, PEDRO CARMELO
SEGURA NEYRA, YESENIA DELIA
SOLIS FRANCO, IVÁN HERNANDO Y OTRO
DELITO : COLUSIÓN SIMPLE Y OTRO
AGRAVIADO : EL ESTADO PERUANO

Resolución Nro. DOCE.

Ventanilla, quince de octubre

Del año dos mil veintiuno.-

**AUTOS, VISTOS Y OIDOS y PUESTOS LOS AUTOS EN LA FECHA A
DISPOSICIÓN DEL DESPACHO:** Con lo debatido por las partes en audiencia la
Solicitud de nulidad, con fecha cuatro de octubre último;

y; **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: ANTECEDENTES:

1. Se formalizó investigación preparatoria mediante disposición fiscal ocho del 18 de febrero de 2020, por parte del Ministerio Público quien imputaba a don Iván Demetrio LUYO TOLSA, y Otros la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Simple, en agravio del Estado peruano.
2. Dentro de los actos de investigación se dispuso sea practicada una pericia contable, respecto de la cual la defensa de los ciudadanos solicitantes Sergio PAREDES PALACIOS y Fernando TORRES VEGA, ha nombrado perito de parte, siendo del caso que finalmente por disposición fiscal veintidós del 6 de abril último, se fijó la ampliación del cronograma de la diligencia de Mesa de Trabajo pericial, para los días 23 de abril, 7 y 21 de mayo últimos, añadiendo el

link correspondiente a cada una de ésta diligencias en la plataforma de google meet; asimismo, se aprecia a fojas 2056 de la carpeta fiscal obra el Acta Fiscal del 23 de abril de 2021, donde se consigna la intervención en la anotada mesa de trabajo pericial tanto del perito oficial don Santiago Germán Acosta Chumpitaz, y el perito de parte don Víctor Rondán Vivanco Seminario.

3. Que con fecha 12 de julio de 2021 es recepcionada la pericia contable oficial practicada, siendo que mediante providencia fiscal del 16 de julio de 2021, se corre traslado a las partes procesales, y con fecha 26 de julio de 2021, es presentado por el hoy nulidicente, sus observaciones al peritaje oficial, siendo que mediante providencia fiscal del 30 de julio de 2021 se oficia al perito oficial para que absuelva las observaciones, otorgándole un plazo para responder de cinco días, misma que se notifica a la defensa el 2 de agosto último.
4. Finalmente mediante disposición fiscal N° 24 del 11 de agosto último, se concluye la investigación preparatoria, tras lo cual se presenta en sede fiscal un pedido de nulidad contra ésta última disposición, precisamente por el nulidicente de autos, siendo que por disposición 25 del 23 de agosto último, la misma se desestima.
5. **YA EN SEDE JUDICIAL**, con fecha 27 de agosto último, se plantea una nulidad a la disposición de conclusión, habiéndose convocado y debatido en audiencia de su propósito de fecha 4 de octubre último, tal planteamiento.

SEGUNDO: DE LAS NULIDADES

La nulidad de oficio se encuentra regulada, como sigue: "**Artículo 149 Taxatividad.-** La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley. **Artículo 150 Nulidad absoluta.-** **No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal** y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: **a)** A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; **b)** Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; **c)** A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; **d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución. **Artículo 151 Nulidad relativa.-** 1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca. 2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente. 3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto. 4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de**

la instancia sucesiva." (negritas y subrayado son míos); por tanto, el legislador estableció los “principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación”, con ellos, previó como posible que en el desarrollo del proceso penal se incurriera en desvíos o vacíos, pero también los remedios para impedir que, por fuerza y necesariamente, ante aquellos, surgiera imprescindible la anulación del trámite y, más bien, se optara por otras vías que permitieran mantener el estado del procedimiento seguido.

Asimismo debemos hacer referencia que en atención al principio de taxatividad sólo puede declararse una nulidad procesal cuando así lo autorice la ley procesal, y siempre que se produzca un perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión. El principio de trascendencia en materia de nulidades procesales, implica que una conducta procesal menoscabe irrazonablemente el entorno jurídico de las partes privándolas de intervenir en el proceso o alterando el sistema de garantías reconocidas por la legislación. Asimismo, se tiene que el juez puede declarar nulidades absolutas de oficio, y también podría hacerse en el control de la acusación; así lo ha entendido la jurisprudencia, incluso recogido por el Ministerio de Justicia¹.

Por último, debe tenerse presente los alcances de la nulidad son diversos y se encuentran enunciados en el artículo 154° del Código. Tenemos los siguientes: **(i) La nulidad de un acto afecta a todos los demás actos dependientes de este**; por tanto si el acto primigenio está viciado, los restantes que tengan directa incidencia con éste no pueden ser validados (reacción en cadena). Sin embargo existe la obligación de que el Juez precise los actos dependientes, en aras de eliminar la confusión entre las partes. **(ii) Los defectos deben ser subsanados**, cuando sea posible renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido; **(iii) La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo**, este es uno de los efectos más importantes de la nulidad, habida cuenta su carácter “reparador”, sin embargo el inciso 3 del artículo 154 hace la salvedad de que no se puede retrotraer el proceso a etapas ya concluidas, salvo que exista mandato superior; **(iv) Finalmente, la declaración de nulidad de actuaciones realizadas durante la investigación preparatoria no importa la reapertura de ésta.**

TERCERO.- POSICIÓN DE LA DEFENSA

La defensa, precisa que conforme lo establece el artículo 154° del Código Procesal Penal, solicitando que se declare fundado el presente remedio de nulidad absoluta deducido en contra de la Disposición fiscal n.º 24; ello debido a la vulneración del derecho a la prueba y el derecho a la defensa generados por la fiscalía a cargo de la presente causa en contra de los investigados PAREDES PALACIOS Y TORRES VEGA. En consecuencia, se anulen los efectos de la disposición

¹ JURISPRUDENCIA NACIONAL CÓDIGO PROCESAL PENAL COMISIÓN ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN SECRETARÍA TÉCNICA MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS; pp. 206-207; En: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1e56a800443f4d1f86ffd6eb309de3e9/Libro+Jurisprudencia+nacional+CPP.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1e56a800443f4d1f86ffd6eb309de3e9>

de conclusión de la investigación preparatoria. Asimismo, en respeto del debido proceso, solicita que, en función del numeral 3 del artículo 154° del CPP, se retrotraiga el proceso hasta el momento anterior del acto declarado nulo. En ese sentido, se deberá permitir la presentación del INFORME PERICIAL CONTABLE DE PARTE, y, además, se deberá dar respuesta a las observaciones formuladas en contra del informe técnico contable N.º 03-2021, señala los aspectos preliminares, fundamentos de la nulidad absoluta y anexos adjuntos.

Que incluso bajo el propio criterio de Fiscalía se ha vulnerado las garantías del derecho a la defensa y derecho a la prueba. El primero porque no se permitió realizar un contradictorio correcto respecto a la pericia oficial y no se está permitiendo ello porque lo que corresponde en investigación es que esta defensa tenga conocimiento de la respuesta del perito judicial para a partir de ello empezar a realizar la pericia contable de parte que depende primero de la existencia de la pericia oficial; pero si esta pericia es observada por la defensa técnica debe primero corregirse o responderse esas observaciones para que a partir de ello se materialice la pericia de parte solo de esa forma se evitarían errores por parte del perito quien tiene que tener a la mano el informe pericial materializado, perfeccionado y no aquel que tendría luego que corregirse. Y asimismo, de lo vertido por el representante del Ministerio Público, cuando señala que serían siete días después de haber cerrado la investigación en que se notificó la respuesta del perito en cuanto a sus observaciones, y con ello se evidencia que hay una clara vulneración del derecho a la defensa.

CUARTO.- POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DEL ACTOR CIVIL

A su turno, el señor Fiscal sostiene que el plazo de la prórroga de la investigación preparatoria es un tema que no ha postulado la defensa en caso de los investigados en su escrito, el cual le causa sorpresa a la Fiscalía y además también se pueda utilizar el principio de unidad de alegaciones, que establece que no se puede variar la pretensión entre lo escrito con lo oralizado; se estaría ante nuevos fundamentos que no ha presentado en su escrito; por lo tanto, ese fundamento no debe de tomarse en cuenta, haciendo mención el recurso de Casación Nª 11-2020-HUANUCO, Sentencia de Casación Lima 06-07-21 en su fundamento vigésimo tercero donde establece lo antes mencionado por la Corte Suprema. Señala también que el Código procesal penal no establece en su Art. 180 el plazo para que pueda presentar la parte investigada su pericia de parte, conforme lo establece el literal f) del inciso 1 del Art. 350 del código procesal penal, por ello, no se le recorta ni el derecho de defensa ni el derecho a ofrecer prueba. asimismo, señala que el Abogado tuvo el plazo de los cinco días, ha presentado sus observaciones, se le ha contestado, puede presentar su pericia de parte conforme lo establece el Art. 350 del código procesal penal y más aún, se tiene que hacer una interpretación sistemática al Art. 180 que no establece un plazo, precisamente porque lo puede presentar en cualquier momento y esto ha sido ya señalado en el criterio adoptado por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente en Crimen Organizado en su Resolución Nª 04 de fecha Lima 03-06-21, Exp. Nª 00299-2017-188-5001- JR-PE-

01, por la cual los abogados de los investigados presentaron nulidades a las Disposiciones de conclusión de la investigación preparatoria; las mismas que fueron declaradas infundadas y uno de los fundamentos es lo que estoy precisando en el considerando N° 25. Por lo que, en ningún momento se le afecta el derecho a probar o a ofrecer pruebas, ni tampoco el derecho de defensa. Asimismo, que la defensa fue notificada con fecha 18 de agosto del 2021 la respuesta a las observaciones mediante OFICIO N° 16-2021, y también se les ha notificado al correo benjiespinozaabogados@gmail.com con esas observaciones ya tenían para presentar su pericia de parte.

A su turno el actor civil, sostiene, que el Ministerio Público si otorgo el plazo de los cinco días para que la defensa pueda levantar sus observaciones, solicitando que pueda revisar los documentos del presente caso y respetando las etapas del proceso penal y los actos de investigación que debe de presentar el Abogado defensor es la de investigación preparatoria; sino no existiría la utilidad, pertinencia y conducencia dentro de la etapa intermedia, se podría ofrecer pero que le garantizaría al abogado defensor decir que esa prueba es útil, pertinente y conducente si es que no se actuó dentro de la etapa de investigación preparatoria; es por ello que se solicita que los plazos sean evaluados para poder resolver.

QUINTO.- FACULTADES DEL JUEZ DE GARANTÍAS (INVESTIGACIÓN PREPARATORIA)

Que, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2010², (aplicable de manera extensiva al caso sub examine), señala en sus fundamentos 6°, 10°, 13° y 16°, lo siguiente: "(...) 6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son consideradas como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías -de tutela y reforma-. Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren gran influencia, no sólo por que ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico -artículo 138° segundo párrafo- sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto (...). 10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal.(...) 13° Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de la legalidad de la función fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del ius puniendi estatal. En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado (...) 16° Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos casos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en

² En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2010.pdf

conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley. (...)” (Negritas y subrayados son míos).

Por tanto, llegamos a concluir que el juez de la investigación preparatoria es el garante del cumplimiento del debido proceso desde la comunicación del inicio de la investigación hasta la culminación de la misma; siendo una de sus funciones, en algunas oportunidades puede ser incluso el de realizar el control judicial de oficio, conforme lo autoriza la Constitución y la ley, y así lo ha entendido el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República³ (aplicable también supletoriamente al caso sub examine), que en su fundamento 13°, señala: “El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP.(...)” (negrito y subrayado son míos).

SEXTO.- DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

6.1 DERECHO A PROBAR

En principio, entendemos que el derecho a probar es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho al debido proceso, dado que carecería de sentido que un sujeto de derechos pueda llevar al órgano jurisdiccional un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, resulta indudable que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos. Así lo ha entendido el profesor mexicano Fix Zamudio, citado por Victor Fairén Guillén⁴, que precisa:

“Desde el punto de vista procesal(...) se puede considerar que la estructuración correcta del procedimiento, tendente a dar a las partes la garantía de la publicidad, de contacto directo con el Juez y de desarrollo rápido del proceso, así como la posibilidad de presentar los elementos para fijar sus pretensiones y, en general, el material del proceso, forma parte del debido proceso (que es un derecho fundamental). Tal expresión quiere decir que se debe ser formalmente citado, que se debe ser escuchado y que debe existir la posibilidad de aportar pruebas (...)”; y así también lo ha entendido el Supremo Interprete de la Constitución⁵: “(...) Alcances del derecho constitucional a la prueba 3. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI, constituye un elemento implícito de tal derecho.(...) se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito litigioso. 5. En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá

³ En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6_2009.pdf

⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Temas del ordenamiento procesal. Madrid: Tecnos, 1982. p. 1372

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP 03097 2013-PHC/TC LIMA NORTE NOEMI BESSY LANDÁZURI ABANTO; En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03997-2013-HC.pdf>

sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable. 6. Por tanto, existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. (...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC N° 6712-2005-PHC, fundamento 15). (...)"

En ese orden de ideas, llegamos a concluir que tanto la doctrina, la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico nacional, así como los tratados internacionales, reconocen -expresa o implícitamente- la existencia del derecho subjetivo y fundamental a probar cuya titularidad recae en todo sujeto de derechos, por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.

Asimismo, se tiene que el derecho a probar no tiene un carácter ilimitado o absoluto, su contenido esencial-aquél que constituye su núcleo básico irreductible, sin el cual el derecho se desnaturaliza o pierde sentido- se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso y por otros preceptos constitucionales con los que guarda relaciones de coordinación en el ordenamiento jurídico. La importancia de determinar este contenido radica en que al hacerlo, los órganos del Estado y los operadores de derecho en general, estarán en condiciones de evitar aquellas conductas que atenten contra él, y, por otro lado, se podrá fijar con claridad qué regulaciones legislativas son permisibles a fin de que no lo desnaturalicen al afectar su contenido básico. En nuestra opinión, el derecho a probar tiene como contenido esencial el derecho a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello, conforme a los principios que lo inspiran y lo delimitan.

6.2 DERECHO DE DEFENSA

La Constitución, en su artículo 139°, inciso 14, reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

SÉTIMO.- VALORACIÓN

7.1 DECLARACIÓN DE NULIDAD EN ETAPA INTERMEDIA

Que si bien es cierto, en principio se tiene que el íter del proceso transcurre en el tiempo y se estructura en fases y grados que, por desarrollarse en el tiempo, tienen establecidos, normalmente, plazos a su duración, y es así que la ley procesal fija, por un lado, el tiempo en que cada acto (o etapa procesal compuesta por un subconjunto de actos) debe ser realizado para ser eficaz y, por el otro, pone contornos temporales a la prolongación de la actividad procesal e impide, salvo excepciones, la regresión del proceso; y en ese sentido, el proceso penal común que consta de tres fases o etapas: investigación preparatoria, intermedia y enjuiciamiento; no resulta menos cierto que se suele afirmar que la etapa intermedia del proceso penal tiene una naturaleza bifrontal en tanto que, por un lado, mira a la investigación para resolver sobre su correcta clausura, y, por otro lado, mira también a la fase de juicio oral, para determinar si esta debe o no desarrollarse. Es evidente entonces que corresponde en esta etapa hacer una especie de calificación de lo actuado en la etapa de investigación, la misma que va desde la promoción de la acción penal, correcto emplazamiento de las partes, calificación jurídica del hecho materia de imputación, admisibilidad de los medios de prueba entre otros, para sobre dicha base, disponer la continuidad del proceso, la subsanación de algunos aspectos **o la declaración de nulidades posibles en las que se haya incurrido, disponiendo según el caso los correctivos pertinentes.** Siendo que incluso se aprecia de los actuados, que si bien Fiscalía cuestiona que recién se haya presentado la nulidad, coincidimos con la defensa, que siendo un recurso y denunciando violación de derechos fundamentales es perfectamente posible hacerlo en ésta oportunidad, máxime si incluso es en pro de un proceso saneado, sin vicios; más aún cuanto apreciamos que presento una nulidad a la disposición 4 mediante escrito del 8 de noviembre de 2018 (*fs. 672 de la carpeta fiscal*) fundándola en que precisamente faltaban realizarse actos de investigación que solicito, desestimado por Fiscalía mediante disposición 5 del 14 de noviembre de 2018.

Y así lo ha entendido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación 864-2016 Del Santa del 27 de setiembre de 2017⁶, que señala: "5.13. Los órganos jurisdiccionales de investigación preparatoria, durante su procedimiento deben considerar que en la Etapa Intermedia, por la naturaleza de su intervención, poseen facultades discrecionales de control de la legalidad, pues ostenta la libertad para resolver situaciones no previstas en la ley, como la del caso que nos ocupa, o para aplicar la ley interpretándola en función a los principios de contradicción, igualdad y defensa; y en esencia garantizando la tutela jurisdiccional efectiva. (...)" 5.16 La Jueza de Investigación Preparatoria tuvo el deber de evitar eventuales estados de indefensión y permitir, más allá de una situación formalista, que la defensa del encausado ofrezca sus medios probatorios oralmente -inciso cinco del artículo veintinueve del Código Procesal Penal-. **Los formalismos vencibles no prevalecen sobre un derecho fundamental pilar del debido proceso, como lo es el derecho a la defensa, más aún si esto no significaba lesión o desventaja al Ministerio Público** porque este ya los conocía desde la etapa de investigación preparatoria, tanto más si no existe mandato de prohibición expreso para inadmitir pruebas ofrecidas con defectos en el sumillado del escrito que lo contiene. Debiendo tenerse presente lo señalado en el sexto considerando de los fundamentos de derecho de la sentencia casatoria número diez-dos mil siete-Trujillo, de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho: "la necesidad

⁶ En: <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-Casaci%C3%B3n-864-2016-Del-Santa-Defensa-ineficaz-por-falta-de-abogado-con-conocimientos-jur%C3%ADdicos-que-exige-el-caso-para-la-etapa-respectiva.pdf>

del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique desde luego, una lesión a los derechos de las partes". (negritas y subrayados son míos).

En consecuencia, el suscrito considera es perfectamente posible la declaración de nulidades en etapa intermedia, más aún las nulidades absolutas, máxime si no hay mandato de prohibición expreso en el artículo 150° del C.P.P.; correspondiendo por tanto analizar la realidad de las denuncias formuladas por la defensa.

7.3 DEL TRÁMITE DE LA PRUEBA PERICIAL

Sobre la actividad pericial, nuestra norma procesal penal establece que está procede siempre que, para la explicación y mejor comprensión de un hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada, tal como se encuentra establecido en el inciso 1 del artículo 172 del CPP; cabe precisar que las partes tienen derecho a, una vez que se haya producido el nombramiento del perito oficial, designar por su cuenta a un perito de parte, según se prevé en el inciso 1 del artículo 177 del CPP; así respecto de éste último, conforme recoge y cita el juez supremo San Martín Castro al tratadista argentino Cafferata Nores, se tiene que el perito de parte *"técnicamente no es un órgano de prueba sino representante técnico del interés de la parte que lo designó, un auxiliar suyo, que por el lado técnico actúa como verdadero defensor; y, como tal no tiene el deber de aceptar el cargo, prestar juramento y de dictaminar. Está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias correspondientes"*⁷.

Ahora bien, corresponde verificar la denunciada nulidad acaecida, que se aprecia que la norma adjetiva penal, resulta clara, en el artículo 180°.1 sobre la posibilidad de presentar observaciones en un plazo determinado; y que si bien no se precisa sobre la respuesta a tal observaciones por parte del perito oficial se entiende debe ser así, máxime si puede darse que con la misma quien la presenta busca que la misma sea clara, coherente y válida en cuanto a su pronunciamiento, y en alguna medida ella puede marcar el contenido de un posible informe pericial de parte con conclusión discrepante, se entiende que antes de la absolución de las observaciones todavía puede el informe pericial oficial complementarse; máxime si incluso cabe la posibilidad de que el Fiscal pueda entender que el informe pericial oficial resultare insuficiente -para ello no es ni siquiera necesario el planteamiento de un informe pericial de parte con conclusión discrepante, pues como se ha señalado líneas por el maestro argentino el 'perito de parte' no tiene obligación de presentarlo-, tan es así que el artículo 180°.3 no dice que para tal conclusión del Fiscal deba presentarse un informe pericial de parte; dicho lo anterior, se aprecia lo siguiente: 1) hay una obligación 'natural' del perito oficial de absolver las observaciones, pues **incluso ellas podrían determinar el contenido del 'informe pericial de parte con conclusión discrepante'** (como se ha señalado incluso podría tener alguna modificación o aclaración del peritaje oficial, porque sino se entendiera

⁷ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004", Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", 2015. p.129.

así, carecería de sentido la posibilidad de observar, si finalmente no conduciría a nada); 2) tal absolución de las observaciones planteadas, incluso dan la posibilidad a que el Fiscal pueda ordenar una ampliación del peritaje por el mismo perito o nombrar otro perito (ahora bien, claro está incluso aparentemente sin observaciones podría efectuarlo el Fiscal, también sin informe pericial de parte con conclusión discrepante, pues el Código Adjetivo señala que aprecie resulte insuficiente), pero como el caso planteado sub examine existe incluso podría dar mayores luces la absolución a efecto de poder realizar lo previsto en el 180°.3 del CPP; 3) ahora bien, haber concluido la investigación preparatoria sin permitir a la defensa: (i) conocer los términos de cómo quedaría el peritaje oficial, pues el perito oficial no se pronunció hasta siete días después de concluida la investigación preparatoria; y, (ii) consecuencia de lo anterior: no tener la posibilidad de poder plantear su informe pericial de parte con conclusión discrepante -como veremos más adelante, ello es así: No lo permite la norma procesal-; considera el suscrito que se ha violentado el trámite regular de la prueba pericial; no cabe duda de que los argumentos fácticos y normativos precisados por la defensa son de recibo, incluso con los propios extremos precisados por el Ministerio Público, quien en audiencia señaló haberle notificado siete días posterior a la conclusión de la investigación preparatoria la absolución que efectuase el perito oficial a sus observaciones. Queda por tanto claro, que se ha inobservado lo regulado en la norma procesal en torno a la prueba pericial, conforme lo sostiene la defensa. Tras ello, pasaremos a analizar si efectivamente como denuncia la defensa está afectación del debido proceso ha causado un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad.

7.3 AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA

Como ya hemos indicado líneas arriba, el derecho a probar es un derecho fundamental, y que es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho al debido proceso, dado que carecería de sentido que un sujeto de derechos pueda llevar al órgano jurisdiccional un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa, y aunado a ello se tiene que bien anota el citado Colegiado Supremo en la Casación 864-2016 Del Santa, corresponde al juez de la Investigación Preparatoria, aplicar la ley interpretándola en función a los principios de contradicción, igualdad y defensa; y en esencia garantizando la tutela jurisdiccional efectiva. Así pues, debemos tener presente que el principio de contradicción se generaliza entonces a todos los medios probatorios, permitiendo al justiciable, conocer los elementos de prueba que se tienen, poder contradecir los mismos en el momento de su producción o incorporación según el caso, o proponer medios de prueba distintos que permitan una contradicción por oposición de las pruebas presentadas en su contra; así la contradicción se manifiesta de una manera gradual en el proceso, y se concretiza con la factibilidad que la prueba que se presenta en contra pueda ser objeto de resistencia y crítica, según las formas previstas por la ley.

En ese sentido en el caso sub-examine, ha sostenido Fiscalía que haber notificado siete días posteriores a la conclusión la absolución de las observaciones planteadas por parte del perito oficial no tiene trascendencia, porque aún la parte puede ofrecer en su oportunidad la prueba que desea plantear, esto es, el citado perito de parte, haciendo suyo las conclusiones que el juzgador en la Resolución N° 04 de fecha Lima 03-06-21, Exp. N° 00299-2017-188-5001- JR-PE-01, en su fundamento 25; debemos precisar lo siguiente, en dicho pronunciamiento entre otros es sobre un peritaje contable de parte que no se permitiría presentar, pero asimismo se valoró que ya había un pronunciamiento en etapa intermedia, esa última circunstancia no es como la presente en éstos actuados; pero además, debe tenerse en cuenta que el artículo 180°.2 del CPP, establece el trámite de un informe pericial de parte con conclusión discrepante, evidentemente este se realiza en etapa de investigación preparatoria, pues determina que tal pronunciamiento se ponga en conocimiento del perito oficial por un plazo de cinco días a efecto se pronuncie sobre su mérito; y, como se ha señalado incluso podría dar mérito a que el Fiscal considere que el informe pericial oficial es insuficiente; todo aquel trámite no se permitiría con la conclusión que se dispuso por parte de Fiscalía, sin cumplir cabalmente lo regulado en la norma adjetiva penal; incluso cuando la norma adjetiva regula la siguiente etapa del proceso: juicio oral en cuanto al peritaje, en el artículo 181° del CPP, da cuenta en el numeral 3, que es obligatorio abrir el debate entre peritos cuando se haya dado el caso del artículo 180°.2; lo cual en éste caso no se ha dado, por una decisión del persecutor penal; por tanto, aparentemente se tiene que no podría instalarse un debate pericial en el caso de marras, porque no se ha seguido lo previsto en el artículo 180°.2 del CPP -que a todas luces se realiza en la investigación preparatoria, porque para el juicio oral ya debió estar realizado, y en la etapa intermedia sólo es de control judicial del requerimiento que se presente-, lo cual no ha sido tomado en cuenta por el juzgador al que se cita, pues se comparte que en cuanto a los testimonios pueden ser ofrecidos, el problema se daría en el peritaje. Adicional a ello, correctamente el juzgador en la jurisprudencia que cita Fiscalía, se plantea que actos de investigación que no se realizaron puedan dar mérito a cualquier decisión fiscal conforme a los fundamentos 19 al 21 de la citada jurisprudencia.

Bajo los fundamentos antes expuesto, el suscrito considera que en éste caso se viene afectando el derecho del nuldicante a presentar un peritaje de parte; por tanto, es de recibo lo planteado por la defensa.

7.4. AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Por último, en cuanto a ésta denuncia, podemos apreciar de los actuados, visto lo anterior hemos señalado que Fiscalía ha concluido la investigación preparatoria sin permitir conocer a la defensa nuldicante conocer la absolución de sus observaciones, menos aún otorgarle la posibilidad de presentar un informe pericial de parte con conclusión discrepante que es lo que motiva a la defensa a plantear la nulidad, pues evidentemente debe ser planteada una vez que se conozca con certeza como quedaría las conclusiones tras las observaciones planteadas, por

tanto entendiendo que el derecho a la defensa del investigado es un componente angular para la correcta configuración de la tutela procesal efectiva, donde el derecho a no quedar en estado de indefensión se transgrede cuando a los sujetos de derechos legítimos se les obstruye o restringe, desplegar los medios legales oportunos para su defensa, por lo que atendiendo a lo reconocido por el Fiscal en audiencia que sólo se absolvió las observaciones planteadas por la defensa siete días posteriores a la conclusión de la investigación preparatoria, no se ha seguido lo que se entiende previsto y la propia Fiscalía estructuró como trámite al solicitar al perito oficial absuelva las observaciones planteadas, y de esta manera hecho entender al proponente de las mismas que va ser realizada un pronunciamiento, sobre el cual finalmente podría plantear lo que señala hoy su informe pericial de parte; por tanto, entiende el suscrito que en atención a lo previsto en la Constitución del Estado, que jergue a la seguridad jurídica como uno de los deberes del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 180° del CPP, corresponde también amparar en éste extremo lo planteado por la defensa.

Por las consideraciones antes expuestas y de conformidad con lo prescrito por los dispositivos legales citados precedentemente, el Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Ventanilla:

RESUELVE:

DECLARAR FUNDADA LA NULIDAD SOLICITADA POR LA DEFENSA en la presente causa penal, comprendiendo la **nulidad absoluta** de las actuaciones siguiente: **La disposición de conclusión de la investigación preparatoria** (disposición fiscal N° 24 del 11 de agosto de 2021); y, **CONSECUENTEMENTE:** Deberá: **RENOVARSE y CORREGIRSE (REPARARSE)** el procedimiento pericial contable dispuesta en los actuados, conforme a lo previsto en el artículo 180° del Código Procesal Penal; esto es, que teniendo que incluso a la fecha fue notificada la absolución del perito oficial a la observación planteada por el abogado de los imputados, **otorgarse un tiempo prudente a efecto de poder plantearse un peritaje de parte, siguiéndose en caso de plantearse lo previsto también en cuanto a ella en la norma procesal penal.**

NOTIFIQUESE.-