

ROBERTO E. CÁCERES JULCA
JUAN E. CARRIÓN DÍAZ

EL DELITO DE COLUSIÓN

Aspectos sustantivos y procesales



Lima - Perú

EL DELITO DE COLUSIÓN
Aspectos sustantivos y procesales

Primera edición: Lima - noviembre de 2011
Derechos reservados conforme a ley

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.
Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Distribución:

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-12330

ISBN: 978-612-4037-44-3

Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

*A Midori, H y K,
En agradecimiento por su afecto y
compresión constante.*

INTRODUCCIÓN

Toda contratación del Estado está orientada a cumplir fines sociales, sea de manera directa o indirecta, resultando indispensables para el desarrollo de un país. Pero, tales contrataciones, en muchos casos, se orientan no a beneficios públicos, sino por el contrario, obedecen a intereses particulares, en aprovechamiento del cargo que ostenta el funcionario, ejerciendo abuso del poder.

Frente a este comportamiento delictivo, el legislador ha creído conveniente regular el delito de colusión⁽¹⁾ como límite a actuaciones ilícitas por parte de los funcionarios públicos, dentro del marco de las contrataciones públicas.

Del párrafo anterior se desprenden dos criterios que juegan un papel importante al momento de determinar el delito de colusión, por un lado el *contrato público* y del otro, la *corrupción*⁽²⁾. Tal interrelación ha llevado a

¹ Delito que ya era regulado en el Código Penal de 1924.

² La corrupción entraña no solo un problema en el ámbito nacional, ello se deriva de su regulación en "La Convención Interamericana contra la Corrupción", la que también abarca algunos delitos que no guardan relación directa con la administración pública. (Para un desarrollo más completo Vid. MANFRONI, Carlos. *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada*. Editorial Abeledo-Perrot, 1997); La mayor parte de los enfoques sobre el problema de la corrupción están mayormente anclados en el sector público [Cfr. BAIGUN/BISCAY. "Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica" en BAIGUN/GARCÍA RIVAS (Directores). *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Editorial Ediar, 2006, pág. 15]. En ese mismo sentido, y en la misma obra, págs. 87-88 Vid. VIRGOLINI, Julio. "Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del derecho"; NEUMAN, Elías. "La

lo que podríamos denominar el «proceso de privatización de los bienes públicos», debido a que los intereses al que deben estar orientados los contratos, han perdido su efecto —público—. Por ello, no le falta razón a VIRGOLINI cuando sostiene que «la circunstancia de que actos de la esfera pública se emitan o desplieguen sus efectos obedeciendo a intereses privados representa la destrucción de lo público como concepto y como patrimonio de la ciudadanía»⁽³⁾.

A pesar que la corrupción guarda amplia relación con la comisión del delito de colusión, es de destacar que para establecer su imputación no se requiere acreditar que dicha conducta delictiva se desarrolle en ella⁽⁴⁾.

pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los derechos humanos" en Baigún/ZAFFARONI (et alt.) [Coordinadores]. *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Ediciones Depalma, 1997, pág. 361; La corrupción puede ser entendida como la "desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extraposicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una administración pública con los particulares" (CASTRO CUENCA, Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*. Editorial Universidad del Rosario, 2009, pág. 32); En sentido similar, "la corrupción es la acción u omisión de un servidor público o de una persona natural o jurídica del sector privado, que usa y abusa de su poder para favorecer a intereses particulares, a cambio de una recompensa o de su promesa, dañando así el interés público y/o el de la entidad privada en la que labora" (GONZALES LLACA, Edmundo. *La corrupción. Patología colectiva*. Instituto Nacional de Administración Pública AC, México DC, 2005, pág. 53).

³ VIRGOLINI, Julio. Loc. cit., pág. 87.

⁴ No es necesario para su verificación la constatación de algún elemento de corrupción del funcionario o servidor público que tiene a su cargo la contratación o adquisición pública. En este sentido, GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*, 2008, pág. 18; De manera contraria, ROJAS VARGAS, quien considera este delito como una modalidad de corrupción (Vid. *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 408).

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria	5
Introducción	7

TÍTULO PRIMERO LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL DELITO DE COLUSIÓN

I. Generalidades	15
II. Evolución normativa del delito de colusión	18
III. La colusión como delito de infracción de deber	24
IV. Bien jurídico protegido	27
V. Conducta típica	29
1. El acuerdo colusorio	30
2. Ámbito de actuación del funcionario público	33
3. Ámbito de actuación del particular	38
VI. Defraudación como perjuicio: Estado actual del debate	41
VII. La colusión por omisión impropia	46
VIII. Aspecto subjetivo	48
IX. Intervención delictiva	49

TÍTULO SEGUNDO
INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL
DELITO DE COLUSIÓN EN EL
CÓDIGO PROCESAL PENAL

X.	La investigación.....	55
XI.	La investigación en el delito de colusión.....	58
1.	Los actos iniciales de investigación.....	60
A.	<i>La denuncia</i>	60
B.	<i>Las diligencias preliminares</i>	61
2.	La formalización y continuación de la investigación preparatoria.....	68
3.	La acción civil.....	70
4.	Las actuaciones probatorias en la investigación preparatoria.....	74
XII.	Mecanismos para el control de plazos en la investigación preparatoria	113
1.	Criterios para la determinación del plazo razonable en la investigación	118
A.	<i>Criterio subjetivo</i>	118
B.	<i>Criterio objetivo</i>	126
2.	Control del plazo de la investigación preliminar	130
3.	Control de plazos de la investigación preparatoria.....	135
XIII.	Mecanismos para el control judicial de los actos de investigación denegados por el fiscal.....	136
XIV.	La audiencia de tutela	138
XV.	Circunstancias impeditivas de la acción penal.....	140
1.	La cuestión prejudicial	140
A.	<i>Concepto, alcance y características</i>	140
B.	<i>La cuestión prejudicial de naturaleza penal en procedimiento extrapenal</i>	145
C.	<i>La cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal en procedimiento penal</i>	146
D.	<i>Requisitos configurativos</i>	146

XVI. Las excepciones: Concepto y clases	148
1. Las excepciones en general	148
2. Clasificación de las excepciones	149
3. La excepción de improcedencia de acción.....	151
A. <i>Concepto, naturaleza y fundamento</i>	151
B. <i>Alcance y límites doctrinales y jurisprudenciales</i>	154
C. <i>Supuestos de procedencia</i>	156
4. La excepción de cosa juzgada	160
A. <i>Definición</i>	160
B. <i>Clases de cosa juzgada</i>	161
C. <i>Elementos para la configuración de la cosa juzgada</i>	161
D. <i>Presupuestos de la cosa juzgada</i>	163
5. La excepción de prescripción	163
A. <i>Concepto y fundamento</i>	163
B. <i>Cuestiones esenciales respecto a la prescripción de la acción penal</i>	165
C. <i>Requisitos de procedencia de la excepción de prescripción de la acción penal</i>	166
6. Oportunidad para deducir las excepciones y defensas procesales	178
XVII. Las medidas de coerción procesal.....	179
1. Las medidas coercitivas personales.....	179
A. <i>Fundamentos</i>	179
B. <i>Fundamentos constitucionales de las medidas de coerción en general</i>	182
C. <i>Presupuestos materiales de las medidas coercitivas</i>	183
2. Clases de medidas coercitivas personales	195
A. <i>La detención preliminar judicial</i>	195
B. <i>El impedimento de salida del país</i>	196
C. <i>La detención domiciliaria</i>	199
D. <i>La prisión preventiva</i>	202
3. Medidas coercitivas de naturaleza real	207

A. <i>Fundamentos</i>	207
B. <i>Presupuestos materiales de las medidas coercitivas de naturaleza real</i>	209
4. Clases de medidas de coerción real.....	213
XVIII. La fase intermedia.....	222
1. La fase intermedia como estadio de control de la acusación.....	222
2. El control de la acusación.....	223
3. Presupuestos de la acusación.....	224
A. <i>La fundamentación fáctica</i>	224
B. <i>La calificación jurídica del hecho procesal</i>	234
C. <i>La fundamentación probatoria</i>	244
D. <i>La petición o petitum</i>	248
4. El sobreseimiento.....	250
5. La acusación.....	252
6. La acusación directa.....	254
7. El proceso inmediato.....	255
8. El forzamiento de la acusación.....	256
9. La investigación suplementaria.....	257
XIX. La probanza del delito de colusión.....	258
1. Los indicios.....	261
2. Elementos de la prueba indiciaria.....	263
3. Clases de indicios.....	285
4. La motivación de la prueba indiciaria.....	299
XX. Caso práctico.....	303
Índice bibliográfico.....	307

TÍTULO PRIMERO
LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL
DELITO DE COLUSIÓN

I. GENERALIDADES

1. Esta figura delictiva, ubicada dentro del grupo de delitos contra la administración pública, se encuentra prevista en el artículo 384º del Código Penal⁽¹⁾. Mediante esta regulación normativa se busca sancionar penalmente dos conductas delictivas: a) La concertación ilegal entre funcionario o servidor público con los interesados para defraudar al Estado; b) La defraudación al patrimonio del Estado, como consecuencia de la concertación entre el funcionario público con los interesados, en operaciones de adquisición y contratación pública.
2. Actualmente este delito parece ser el medio más eficaz para imputar responsabilidad penal por delitos cometidos contra la administración pública. De ello se derivan dos ventajas político- criminales⁽²⁾:
 - i. No resulta necesario para su configuración la concurrencia de un suceso de corrupción, sino que basta la existencia de un acuerdo colusorio, que defraude (tipo agravado) o no (tipo base) el patrimonio del Estado.
 - ii. La severidad de la pena prevista por el legislador para este tipo penal, es una de las más altas existente para delitos contra la administración pública.
3. Si bien el delito de colusión trae consigo ventajas político-criminales, por otro lado es objeto de numerosas críticas:

¹ La última modificación opera por Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011.

² Cfr. GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, 2008, págs. 17, 18.

- i) Mala aplicación de la técnica legislativa, debido a que la regulación del delito de colusión (artículo 384° del CP) tiene semejanzas con el delito de negociación incompatible (artículo 387° del CP), por lo que, debería excluirse una frente a la otra⁽³⁾. Es decir no podrían concurrir ambos tipos penales en un caso determinado.
 - ii) Con respecto a la falta de concurrencia de un suceso de corrupción y la pena a aplicar, estas guardan una crítica común. Toda vez, que el tipo penal de colusión, al no exigir la prueba de corrupción en su suceso delictivo, determina un grado de injusto, menor que, por ejemplo, el delito de cohecho (que exige para su imputación la prueba de un hecho de corrupción), ante ello, no queda claro el fundamento, por parte del legislador, para que el delito de colusión tenga una pena superior que el delito de cohecho. No siendo congruente con el principio de proporcionalidad.
 - iii) La crítica de que el delito de colusión debe ser concebido como criterio abierto, es decir, para todas las participaciones del funcionario público en las contrataciones públicas del Estado o de organismos sostenidos parcial o totalmente, ha sido tomada en cuenta por la Ley N° 29703 y por la actual regulación, Ley N° 29758.
4. Con relación al *nomen iuris* de este delito, no existe un criterio uniforme: «colusión»⁽⁴⁾, «colusión ilegal»⁽⁵⁾, «colusión desleal»⁽⁶⁾, «fraude a la administración pública»⁽⁷⁾ (en la doctrina nacional); «celebración indebida de contratos»⁽⁸⁾, «fraudes y exacciones ilegales»⁽⁹⁾, (denominaciones que son frecuentes en la doctrina extranjera).

³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Palestra, 2003, p. 308.

⁴ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, pág. 146; HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, *Gaceta Jurídica*, 2002, Lima, p. 79.

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, Grijley, 4ª edición, 2007, p. 405; CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA. El delito de colusión, 2008, p. 64.

⁶ GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA. El delito de colusión, 2008, p. 17.

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., p. 308.

⁸ MOLINA ARRUBLA, Carlos. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Leyer, 3ª ed., Bogotá, 2000, pág. 313; FERREIRA, Francisco. *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed. Temis, 1995, pág. 103.

⁹ LLORENTE FERNÁNDEZ (et al.). *Delitos contra la administración pública, contra la administración de justicia, y contra la Constitución*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 120; SERRANO GÓMEZ,

5. ABANTO VÁSQUEZ⁽¹⁰⁾ se muestra crítico frente a la denominación de «colusión ilegal» y «colusión defraudatoria» pues, a su entender, el funcionario público no tiene dentro de sus facultades la de coludirse con un particular o interesado, y de hacerlo ya constituiría, por sí mismo, un acto ilegal o defraudatorio.
6. Los términos de «colusión ilegal», «colusión desleal» parecen derivar, a nuestro modo de ver, de la equiparación de los criterios de «concertación» y «colusión». Así, en principio, todo acto de concertación puede ser lícito, por lo que hablar de concertación o colusión no siempre es adecuado para configurarlo como delito (artículo 384° del Código Penal), requiriendo que la concertación o colusión sean a su vez ilegales, desleales o defraudatorias.
7. Al respecto, creemos que al hablar de concertación no se hace referencia necesariamente a la colusión, puesto que la concertación puede desarrollarse de manera legal como ilegal, toda vez que concertar es acordar, pactar, produciendo en esta última característica acuerdos ilícitos idóneos para defraudación o no al patrimonio del Estado; y es aquí donde recién entra a tallar como colusión, es decir, como delito, y no antes.
8. Si bien consideramos que la adopción de una u otra denominación no implica un menor o mayor desarrollo del tipo penal, pues ella solo indica un acto de referencia formal, tenemos presente el término «colusión», por cuanto engloba de mejor manera el carácter típico que se busca prohibir (acuerdos defraudatorios), sin redundar en su terminología.
9. La importancia de este tipo penal –al momento de imputar conductas dirigidas contra la Administración Pública– implica establecer los suficientes parámetros normativos que permitan su desarrollo en el marco de legalidad. Así, todo tipo penal tiene por función –necesaria-

Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. 7ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 806; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés en CONDE-PUMPIDO Tourón (Director). *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 3174; PAZ RUBIO / COVIAN REGALES en Beneytez Merino (et al.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III. Editorial EDIGRAFOS, Madrid, 1997, pág. 4130; POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Delitos contra la administración pública" en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, Editorial Marcial Pons, 1997, Madrid, pág. 417.

¹⁰ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Palestra, 2003, p. 309.

riamente— la de describir en forma objetiva la ejecución de una conducta, de esa manera cumplirá con la exigencia del principio «*nulla poena sine lege*»⁽¹¹⁾. En base a tales presupuestos es preciso desarrollar los elementos conformadores del delito de colusión.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE COLUSIÓN

10. El Código Penal de 1991 desde su primera regulación en materia de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones⁽¹²⁾ que a continuación reseñamos:

1) **Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ**⁽¹³⁾ (PLPJ), presentado por el Poder Judicial ante el Congreso de la República el 3 de agosto de 2010. En ella se observa cuatro principales propuestas:

a) Modificar el término “*coludir*” por el ya existente “*defraudar*”.

Se adopta el término simple de “colusión”, dejando sin efecto su entendimiento como “concertación”. Se pretendía de este modo superar el problema referido al “*perjuicio*”. Siguiendo este Proyecto se desprende una adopción plena de la legislación española (artículo 436° del CPE), adoptado en el ámbito nacional por ABANTO VÁSQUEZ (con la salvedad que el PLPJ no utiliza la terminología de “colusión defraudatoria” al que este autor hace referencia). En este sentido, se entien-

¹¹ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 170.

¹² “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”; Este tipo penal tiene como antecedente directo el artículo 344° del Código Penal de 1924: “El funcionario o servidor público que con los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante, en que interviniera por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o a organismos sostenidos económicamente por el Estado, concertándose con los interesados en beneficio propio o de terceros en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)”; Y este a su vez, del artículo 200° del Código penal de 1863: “El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)”.

¹³ Se propuso modificar además del delito de colusión, los artículos 376°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal, pertenecientes a delitos contra la administración pública.

de el delito de colusión como delito de peligro, dejando al margen la exigencia de un perjuicio, bastando con la simple "coludir" entre funcionario con los interesados. Por tanto, *"el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo"*.

- b) Buscaba ampliar el contexto en el que se realiza el acuerdo colusorio, al señalar: *"en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios"*, quedando suprimidas los casos de "convenios, ajustes, liquidaciones y suministros".
- c) También se pretendía ampliar la "vinculación funcional", por lo que, no se exigía una "vinculación formal específica", sustituyéndose la expresión: "interviene por razón de su cargo o comisión especial" por "interviniendo directa o indirectamente".
- d) Incremento en el extremo mínimo de la pena, de tres a cuatro años de pena privativa de libertad.

Llegándose al siguiente Proyecto: Artículo 384° del Código Penal

"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, se coludiera con los interesados, para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena no menor de cuatro ni mayor de quince años".

2) Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (en adelante DCJ) en su análisis sobre el Proyecto de Ley del Poder Judicial (en adelante PLPJ) sostuvo que, con esta propuesta lo que se buscó es establecer el delito de colusión como "delito de peligro". Situación que no es compartida por el DCJ, toda vez que desde su parecer este delito es de resultado. Considera así, que plantear otro camino como el de peligro afectaría la actividad probatoria respecto al perjuicio patrimonial del Estado, pues no sería necesaria. Además, cuando se pretende dejar sin efecto los cuatro únicos ámbitos de manifestación de la colusión (convenios, ajustes, liquidaciones

y suministros) se estaría ante una injerencia punitiva, es decir, cuando el PLPJ señala: *"en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios"*, a entender del DCJ esto "implicaría una injerencia punitiva que dejaría sin piso a los ámbitos de relevancia administrativa reguladas por el organismo de control supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE) y los propios mecanismos de control interno y externo de las reparticiones públicas", esto debido a que el PLPJ buscaba comprender los actos delictivos desde la *generación de la necesidad, el requerimiento, la convocatoria, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo*.

El mismo sentido crítico va orientada a la ampliación de los parámetros de autoría funcional, a través de la supresión de la vinculación *por razón del cargo o comisión especial*, por la inclusión de una *intervención directa o indirecta* del agente delictivo. A entender del DCJ esta situación se encuentra orientada "más con un derecho penal de máxima injerencia que con uno de intervención racional y razonable".

En cuanto a la pena, el DCJ haciendo referencia al "principio de lesividad" destaca que no existe un marco proporcional, en el sentido que el PLPJ orienta la propuesta de un delito de peligro abstracto y no, como delito de resultado.

El DCJ concluye señalando que existe delito de colusión cuando:

"El funcionario o servidor público que, *interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente* al Estado, o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena no menor de *seis* ni mayor de quince años".

3) Ley 29703

El Proyecto de Ley del Poder Judicial y principalmente el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, sirvieron como antecedente de la Ley N° 29703, del 11 junio de 2011.

Quedando el artículo 384° de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

De la descripción de este tipo penal se observa su similitud con el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, salvo algunas modificaciones en el texto (“pena privativa” por “pena privativa de la libertad”).

Si bien en este último sentido, esta ley no adoptará el marco mínimo de la pena de 4 años, prevista por el Proyecto de Ley del Poder Judicial, por el contrario, considerará la orientación de aumento de pena⁽¹⁴⁾, que al final fue orientada en base al Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

Contrario a lo que algunos autores enfatizan⁽¹⁵⁾ no creemos que la presente ley convirtió el artículo 384° del Código Penal, de un delito de mera actividad a delito de resultado —debido a que ya el artículo 384° CP era un tipo penal de resultado— sino que sólo se encargó de precisar dos puntos centrales: en primer lugar la ampliación de los 4 ámbitos en los que se podía desarrollar este delito (convenios, ajustes, liquidaciones y suministros) y, la precisión legislativa de exigir un perjuicio patrimonial para su configuración.

Posterior a esta Ley N° 29703 se vinieron presentado proyectos con la finalidad de una nueva modificación, así tenemos los Proyectos N° 4878/2010-CR, N° 4881/2010-CR, N° 4885/2010-CR y N° 4886/2010-CR. Además, es de señalar que la Fiscalía de la Nación presentó una demanda de inconstitucionalidad frente a esta ley⁽¹⁶⁾.

¹⁴ Del mismo parecer, ORE SOSA, Eduardo. “La Ley N° 29703 y la reforma de algunos delitos contra la administración pública”. En *Gaceta Penal & Procesal*, T. 24, Junio 2011, p. 18.

¹⁵ Cfr. PANTA CUEVA, David. “Comentarios a la Ley N° 29703 que modificó los delitos cometidos por funcionarios públicos”. En *Gaceta Penal & Procesal*, T. N° 24, Junio 2011, p. 43.

¹⁶ Acción de inconstitucionalidad N° 017-011-PI/TC.

4) Ley N° 29758:

Artículo 384° del Código Penal: *“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

Esta nueva ley, al parecer definitiva, a previsto, a diferencia de su antecesora (Ley N° 29703) varios cambios, por lo que se podría entender como un criterio intermedio entre el artículo 384° originario, y el de la Ley 29703.

Actualmente, de esta regulación se desprende una estructura mixta o ecléctica de las dos posturas que fueron objeto de intenso debate tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional, es decir, si entender el delito de colusión como delito de mera actividad o de resultado. Cuestión que parecía terminar, mediante la Ley N° 29703, a favor de este último.

En relación al inciso primero, tipo base, se conjugan características que son propias del PLPJ: **“interviniendo directa o indirectamente”**, criticada en su oportunidad por el DCJ. Así también, no sólo se amplía las modalidades en las que se puede realizar este delito, sino que se agrega **“en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes”** parecida a la fórmula, también criticada del PLPJ, en el sentido que buscaba establecer los actos delictivos de colusión desde la **“generación de la necesidad, el requerimiento, la convocatoria, la presentación de propuesta, la**

*evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo*¹⁷.

Con respecto al artículo 384° del CP originario⁽¹⁷⁾ se mantiene el término ***“por razón de su cargo”***, contraria al Proyecto de Ley del Poder Judicial que buscaba sustituirla.

El primer párrafo se encarga de regular una figura base del delito de colusión, en la que no exige ningún perjuicio para su configuración. En tal sentido nos encontramos ante un delito de mera actividad, similar a la regulación española.

Queda descartada el criterio orientador fijada por la Ley N° 29703 referente a la distinción entre delito e infracción administrativa en razón a la presencia del perjuicio patrimonial, siempre que no proceda la tentativa.

Por su parte, el párrafo segundo, referido al tipo penal agravado de colusión, también mantiene rasgos del Proyecto de Ley del Poder Judicial, en el sentido que mantiene la terminología: ***“interviniendo directa o indirectamente”***. Del mismo modo mantiene el término por ***“por razón de su cargo”***, pero la característica principal guarda relación con su antecesora Ley N° 29703, que salvo algunas variantes comparte el mismo sentido de prohibición, pues ambos exigen un perjuicio patrimonial al Estado para configurar el delito de colusión, aunque, claro está, la actual regulación (Ley N° 29758) la entiende como figura agravada. Desde tales perspectivas se configura este último párrafo como un delito de resultado.

En cuanto al marco de las penas, de cierta forma, parece haberse tomado en cuenta la proporcionalidad de su imposición. Así, desde la perspectiva del tipo base se establecer ***“pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”***, siendo agregada, por su consecuencia agravada, en el inciso segundo, bajo ***“pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”***.

Frente a estos cambios, es de destacar que, la Ley N° 29758 que modificó el delito de colusión no establece un criterio uniforme, sino que, por el contrario, mantiene una posición ecléctica de todas sus antecesoras. Esto quiere decir que: el Proyecto de Ley del Poder Judicial y el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

¹⁷ Modificado según el artículo 2 de la Ley N° 26713, del 27 diciembre de 1996.

del Congreso de la República, Ley N° 29703 han servido en parte de antecedentes para estructurar los elementos definidos por la Ley N° 29758.

A nuestro entender, no resultaba necesaria la Ley N° 29758, bastaba con la Ley N° 29703, que la entendía como delito de resultado. Y esto es así, para configurar el delito de colusión se requiere de un resultado ocasionado mediante perjuicio al patrimonio del Estado, sin embargo su ausencia no genera impunidad, como sostienen algunos críticos, porque existe para ello la figura de la tentativa (artículo 16° del Código Penal), incluso existen casos donde la aplicación correcta es una sanción administrativa, no debiendo olvidarse que la actuación del Derecho penal es de *última ratio*.

III. LA COLUSIÓN COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

11. La actualidad jurídico penal tanto nacional como internacional, más allá de las críticas⁽¹⁸⁾, mantiene todavía la concepción de que los delitos cometidos contra la Administración Pública son delitos de infracción de deber⁽¹⁹⁾, criterio donde el dominio del hecho no es pre-

¹⁸ Para SCHÜNEMANN, el hecho de que ROXIN haya propagado la categoría de los delitos de infracción de deber, en contraposición con los delitos de dominio, se explica, en su opinión, por la circunstancia de que ROXIN partía del estado de las nociones generales de aquel entonces, tanto en sentido jurídico-teórico, como también en relación con la dogmática de los delitos de omisión (...). Continúa el autor sosteniendo que, los delitos de infracción de un deber especial extrapenal producen consecuencias jurídicas obviamente primero solo en el ámbito jurídico especial fuera del Derecho Penal, mientras que para la equiparación de la omisión con el hacer activo en el ámbito penal se necesita, naturalmente, criterios penales específicos (...). Por lo que, ya, desde 1971 viene sosteniendo que la razón de la equiparación de la omisión con el hacer activo no se fundamenta en la existencia de un deber especial extrapenal, sino en la categoría de la asunción de la custodia, manteniendo así, un dominio sobre el suceso. [Cfr. "El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro" en DONNA, Edgardo (Director), Revista de Derecho Penal, 2006, págs. 37-40]. Ello deja claro para este autor, que tantos delitos de omisión impropia, delitos especiales, pueden ser solucionados en base a un criterio horizontal de dominio del hecho, sin necesidad de recurrir a fórmulas abstractas como la de infracción de deber.

¹⁹ Para un desarrollo de este criterio, Vid. ROXIN. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, pp. 385 y ss. Si bien este criterio tiene como creador a ROXIN, es JAKOBS el que se ha ocupado más en su desarrollo, llevándolo como una teoría general de su sistema de imputación penal. Pero tal aporte no puede ser entendido como un perfeccionamiento de la tesis de ROXIN, como por ejemplo lo entiende MOTOKO HYRAYAMA [Cfr. "El poder ilustrativo de la teoría del delito de infracción del deber", en Montealegre Lynett/Caro Jhon (Editores). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Homenaje a GÜNTHER*

supuesto fundamental para imputar autoría, sino que esta requiere de la vulneración de un deber especial extrapenal, como elemento configurador del tipo penal, donde cada elemento normativo debe ser interpretado sobre la base del correcto desempeño del funcionario en el campo de acción de sus funciones.

12. La infracción de deber, si bien de forma similar que los delitos de dominio y también los delitos especiales⁽²⁰⁾, se desarrolla en el injusto penal, en estos casos es la vulneración de la obligación, entendida como deber especial surgida fuera de la norma penal (como por ejemplo, el derecho administrativo), que origina tal calificación, como punto central de referencia típica, con calidad de autor.
13. Nos encontramos ante una relación directa⁽²¹⁾, es decir, en correspondencia del agente con su autoría. Su actuación debe orientarse a evitar lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos (como el patrimonio público, en el delito de colusión) puestos a su disposición.
14. La figura que mejor ejemplifica este criterio son los denominados delitos cometidos por funcionarios públicos, donde los sujetos, a diferencia de los demás miembros de la sociedad –delitos de dominio–, guardan una relación especial de protección de las actividades –públicas– para el cual fueron confiados. Pero esto no deriva en una imputación penal del agente con capacidad especial, por tener calidad de funcionario público, como característica abstracta, sino que esto se circunscribe como una particularidad que determina su relación especial, debiendo además actuar en ejercicio competente de dicha función pública. Es el legislador quien en último término determina quiénes son los sujetos cualificados que deben responder por la defraudación de un deber.

JAKOBS, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 397], sino como un desarrollo llevado a otro ámbito no pensado por ROXIN, para determinar los grados de autoría y participación, sino a todo el sistema penal, llegando al punto, en principio, de normativizar todo el injusto.

²⁰ Para un sector de la doctrina, existen ciertos delitos especiales que se rigen por los mismos parámetros de los delitos de dominio (Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios" en SILVA SÁNCHEZ / Suárez González. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 151).

²¹ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal. Parte general*, 1995, p. 1028.

15. Dentro de esta gama de delitos funcionariales ubicamos al delito de colusión como delito de infracción del deber⁽²²⁾, y no como delito especial –propio–⁽²³⁾. Toda vez que, a diferencia de estos últimos, los delitos de infracción de deber no encuentran su fundamento en la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción⁽²⁴⁾, pues ello bastaría solo para establecer delitos especiales.
16. Por su parte, los delitos de infracción de deber se encuentran sujetos a deberes que nacen de situaciones externas a la norma penal (o denominados también por la doctrina funcionalista como deberes asegurados institucionalmente); así, en los casos de la administración pública existen normas (administrativas) que regulan el normal desarrollo de sus actividades públicas en las que el funcionario público se encuentra inmerso y, por tanto tiene el deber de cumplirlas.
17. De la descripción típica del delito de colusión ["El funcionario o servidor público que (...)"] se desprende un deber especial específico del funcionario público en sus actuaciones en las contrataciones públicas. Actuación que no debe confundirse con un acto «imparcial»⁽²⁵⁾, pues al ser el Estado parte en la contratación con un tercero, se le exige, por el contrario, su «parcialidad estatal»⁽²⁶⁾ dirigida a asegurar los intereses públicos, para lo que fue encomendado.
18. Estos presupuestos han sido recogidos por la jurisprudencia:

"(...) para la configuración del delito de colusión, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, resulta imprescindible que se acredite que con su accionar se hubiese perjudicado al Estado, situación que, sostienen, no se habría producido; que, al respecto es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho

²² En el mismo sentido, CARO JOHN, José. "Delito de infracción de deber: fundamentos y significado" en CARO JOHN / POLAINO ORTIZ. *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor, México, 2009, pág. 250.

²³ Cfr. CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA, pág. 90; PAZ RUBIO / COVIAN REGALES. Ob. cit. p. 4133; BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, 4ª edición, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, p. 95.

²⁴ CARO JOHN, José. "Delito de infracción de deber". Ob. cit., p. 250.

²⁵ Críticamente, Vid. ROJAS VARGAS, ob. cit., pág. 416; TAVARES DE FREITAS, André. *Crimes na lei de licitações*, Lumen Juris, 2ª edición, Río de Janeiro, 2010, p. 111.

²⁶ REYNA ALFARO. "Estructura típica del delito de colusión desleal" en *Actualidad Jurídica*, Tomo 130, Lima, 2004, p. 69.

*delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber (...)*²⁷

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

19. Todo desarrollo sistemático de un tipo penal, requiere como punto de partida una base fundamental, en razón de la finalidad protectora orientada por la norma penal, manifestada a través de la configuración del «bien jurídico». Correspondiendo actuar no solo como fundamento de punibilidad, sino, principalmente como criterio delimitador, protector de la persona humana⁽²⁸⁾. Desempeñándose como la piedra angular del pensamiento liberal y de la justicia⁽²⁹⁾.
20. Debiendo necesariamente extraerse de la función social del Derecho penal⁽³⁰⁾. Razón, por la que su concepción –de manera genérica– se encuentra sujeta a la norma constitucional⁽³¹⁾, actuando como límite al poder penal⁽³²⁾, base del desarrollo de un Estado Democrático y Social de Derecho.
21. Al respecto, bien sostiene DONNA que, «la Constitución es la norma que contiene las decisiones valorativas fundamentales para poder elaborar un concepto de bien jurídico, previo a la ley penal, que sea

²⁷ Sentencia recaída en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1296-2007, (FJ. 5) pág. 6 (El resaltado es nuestro).

²⁸ Cfr. TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*, (Trad. MONICA CUÑARRO), Hammurabi, 2004, pág. 40.

²⁹ SCHÜNNEMANN, Bernd. "O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos" (Trad. Luis Gréco) en Greco/Lara Tórtima (Organizadores). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Lumen Juris, Río de Janeiro, 2011, pág. 56.

³⁰ ROXIN. "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?" en HEFENDEHL. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 446.

³¹ REGIS PRADO, Luiz. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 4° ed., Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2009, pág. 52; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2° ed., Lumen Juris, Curitiba, 2007, pág. 16; "El Derecho penal y el Derecho constitucional se vinculan de un modo formal a través de la supremacía constitucional (...) pues en ella se busca la racionalización de los dispositivos penales" (Vid. ZAFFARONI / BATISTA (et alt.). *Direito Penal Brasileiro – I*, Editora Revan, Río de Janeiro, 2003, pp. 319-324).

³² Cfr. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I* (Trad. Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti), Civitas, 2005, pág. 60.

obligatorio para ella»⁽³³⁾. Es de destacar que el bien jurídico no solo puede ser captado como entidad previa por el legislador, sino también creado por él⁽³⁴⁾ (como sucede en los delitos contra la administración pública).

22. Desde una base constitucional, corresponde al Derecho penal la protección de la sociedad ante ataques que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales, por lo que sus fines se encuentran orientados –principalmente– de manera «preventiva»⁽³⁵⁾. En este sentido, nos encontramos frente a lo que algunos autores denominan como el período de «Constitución penal»⁽³⁶⁾.
23. En relación al bien jurídico protegido en el delito de colusión, para un sector de la doctrina, lo que el legislador ha buscado proteger es el patrimonio administrado por la administración pública, abarcando en ella la legalidad del ejercicio funcional⁽³⁷⁾; para otro sector, el objeto de protección no puede basarse en un solo punto de vista, sino que este resulta múltiple⁽³⁸⁾: preservar el patrimonio público, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que se desprenden de la función pública, y el mantenimiento de la lealtad institucional⁽³⁹⁾.
24. Finalmente, para otro sector, regido bajo la línea funcionalista, los efectos de dicha prohibición no se encuentran amparados en la exis-

³³ *Teoría del delito y de la pena (imputación delictiva)*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 52.

³⁴ ROXIN, 2007, ob. cit., pág. 448.

³⁵ RUDOLPHI, Hans-Joachim. "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en Schünemann, Bernd (Compilador). *El Sistema moderno del Derecho penal (Estudios en Honor de Claus Roxin)*, Editorial Tecnos, 1991, p. 82.

³⁶ DE FIGUEIREDO DIAS. O "Direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional, en Bastos de Pinho/De Melo Gomes (Organizadores). *Direito penal e democracia*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2010, p. 242.

³⁷ ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la administración pública*, p. 309; De manera similar, HUGO ÁLVAREZ. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, 2002, pág. 88.

³⁸ ROJAS VARGAS, ob. cit., pág. 407.

³⁹ Este último criterio ha sido tomado por parte de la jurisprudencia, entre ellos, el R. N. N° 2029-2005-Lima, del 24 mayo de 2006, señala que: en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional. En igual sentido, en la Ejecutoria Superior (Junín), Exp. N° 1531-92, del 12 septiembre de 1996, se señala que: "El bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de los funcionarios o servidores públicos".

tencia de un perjuicio al Estado, sino que el sustento recae en el irregular desempeño funcional del funcionario público⁽⁴⁰⁾.

25. El bien jurídico tiene dentro de sus principales características la funcionalidad de su estructura, razón por la que no se encuentra sujeto a una posición rígida, sino que, por el contrario, en su aplicación al delito de colusión concurren dos criterios: a) cualitativa (infracción de deberes funcionariales) y; b) cuantitativa (afectación al patrimonio del Estado). Solo desde un enfoque funcional se podrá cumplir con la finalidad protectora prevista por la norma penal.
26. Desde esta perspectiva, la base sobre la cual se materializa el delito de colusión es el patrimonio del Estado, cuya defraudación o no, además ocasionará, ya sea, una falta de lealtad institucional, un irregular desempeño funcional, o una falta de legalidad del ejercicio funcional, o, en su caso, el incorrecto desempeño del funcionario en el campo de acción de sus actividades.
27. En todos estos casos hablamos de infracciones a los principios y objetivos institucionales de la organización del Estado que están ligados con principios éticos, normas morales y, por tanto, estamos ante un acto humano que es contrario a los valores aceptados por la sociedad, defraudando toda expectativa social y normativa.
28. Este parecer viene siendo tomado en cuenta por la doctrina nacional, incluso por posiciones de base funcionalista, como la del profesor GARCÍA CAVERO, quien a nuestro parecer no deja sin efecto la concurrencia de un perjuicio al patrimonio del Estado, sino que, por el contrario, este es entendido de manera funcional con la postura de bien jurídico, por él adoptada.

V. CONDUCTA TÍPICA

29. El eje central de imputación del tipo objetivo debe analizarse acorde con lo establecido en la Ley N° 29758 que estructura dos modalidades de colusión:
 - a) Colusión tipo base, la cual centra el tipo objetivo en la existencia de la concertación ilegal o acuerdo colusorio.

⁴⁰ Así, GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA, p. 21.

- b) Colusión agravada, que se materializa en la concurrencia de dos criterios: el «*acuerdo colusorio*» y la «*defraudación*», entendido este último como perjuicio al patrimonio del Estado.

1. El Acuerdo Colusorio

30. La figura de «concertación» o «acuerdo colusorio» se constituye desde la estructura normativa como el único medio que permite atribuir responsabilidad penal por delito de colusión, dado que el legislador no ha previsto otra modalidad⁽⁴¹⁾.
31. Tanto la concertación ilegal, idónea para defraudar el bien jurídico protegido en este delito (tipo base), como la defraudación al patrimonio del Estado (tipo agravado) debe haberse generado como consecuencia de la actuación conjunta de voluntades, entendida como acuerdo colusorio; de lo contrario, tal comportamiento será atípico o, en su caso, orientado a otra figura delictiva.
32. Del párrafo anterior se puede enfatizar que el elemento central del delito de colusión es la concertación, «pacto»⁽⁴²⁾, o «concordancia de pareceres»⁽⁴³⁾ entre el funcionario público con los interesados, característica que lo convierte en un delito «pluripersonal convergente»⁽⁴⁴⁾, debido a que requiere necesariamente la concurrencia de voluntades de sus intervinientes.
33. La concertación se da por el uso indebido del poder burocrático del funcionario público a través de la exteriorización de un acto funcional revestido de todas las formalidades, esto significa que el acto de poder o acto de autoridad se manifiesta dentro de una estructura administrativa, en el cumplimiento de un procedimiento, cuya finalidad subrepticia es la obtención de beneficios para sí o para terceros, trayendo como consecuencia una concertación idónea como exigencia del tipo base o la afectación al patrimonio del Estado, en su modalidad agravada.

⁴¹ Diferente a la regulación penal española, que en su artículo 436° CP, prevé, además de la *concertación*, la posibilidad del uso de *cualquier otro artificio*, orientado a defraudar el patrimonio del Estado.

⁴² LLORENTE FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 121.

⁴³ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 419.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, ídem.

34. Desde esta perspectiva, la «concertación» como criterio normativo representa el punto central de imputación —como grado de injusto— que determina —como punto de partida— o no la configuración del delito de colusión. Se trata de un elemento esencial alrededor del cual se incardinan los otros elementos del tipo penal, por lo que, su ausencia implicaría atipicidad. Sea porque el concierto se produzca entre los propios funcionarios públicos, sin intervención de interesados —particulares— o, con la sola intervención de estos últimos (ausencia de imputación objetiva), o que no sea de conocimiento de los interesados⁴⁵ (ausencia de imputación subjetiva).

35. La intervención delictiva a través del concierto entre el funcionario público y los interesados puede presentarse en cualquiera de las etapas de la contratación pública, sea al momento de la contratación, ejecución del contrato o, hasta en su ampliación⁴⁶. Para ello resulta necesario la doble calidad, del funcionario o servidor público (infracción de deber) y el interesado (calidad que no debe confundirse como una infracción de deber), pues sólo desde ese momento podrán configurar el delito de colusión. Así por ejemplo, un funcionario público, con poder de decisión, que concierte ilegalmente contra el patrimonio del Estado con particulares que no han recibido la buena pro para contratar con el Estado, no configurará delito de colusión.

36. La «concertación» es un acto de decisión que puede darse respecto de un solo acto o puede consistir en un conjunto de actos, cuyo eje central es la ventaja ilegítima que genera la intervención del funcionario público que actúa de manera directa o indirecta por razón de su cargo en cualquier etapa de la modalidad de adquisición o contratación pública a favor de un postor determinado.

37. Esta ventaja, realizada fuera de los márgenes legales, tiene por fin excluir a los agentes económicos idóneos e independientes capaces de brindar un mejor servicio o producto que las empresas contratadas mediante acuerdos colusorios. De este modo se limita la libre competencia, al orientar la contratación pública hacia aquellas em-

⁴⁵ El legislador nacional utiliza la denominación "interesado" para hacer referencia al particular, *extranei*, quien se colude con el funcionario público, *intranei*, para configurar el delito de colusión, por tanto, son criterios que guardan un significado común.

⁴⁶ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, p. 310; Así también CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA, pp. 90, 91.

presas que gozan de la preferencia de los funcionarios públicos coludidos. Visto de este modo la concertación se constituye en un acto de protección de dichas empresas beneficiadas, que se expanden y enriquecen como producto de la defraudación del patrimonio o de las expectativas de mejoras⁽⁴⁷⁾ de los bienes y/o servicios ofertados al Estado o a la institución u organismo licitante.

38. Este criterio ha sido definido por la jurisprudencia:

"(...) La concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa"⁽⁴⁸⁾.

39. El acuerdo colusorio que exige el tipo penal debe manifestarse de forma bilateral, por lo que no basta con la manifestación de voluntad de una de las partes para beneficiar a la otra, se requiere necesariamente un acuerdo compartido de voluntades. Puede manifestarse de diversas maneras, oral o escrita, como ejecutarse a título oneroso o gratuito⁽⁴⁹⁾. Tampoco debe confundirse la concertación con una «mera solicitud»⁽⁵⁰⁾ que no guarde idoneidad para defraudar el patrimonio del Estado.
40. Una de las consecuencias de la imputación objetiva es que los ciertos colusorios estén orientados a la creación de un riesgo prohibido, por tanto, tales actuaciones deben ser aptas, es decir, idóneas, eficaces, para defraudar el patrimonio público. No basta con la sola relación causal, entre acción (concertación) y resultado (perjuicio al patrimonio del Estado). Es por ello, una exigencia necesaria que la

⁴⁷ "(...) un elemento intrínseco de la defraudación, y que puede concretarse tanto en una pérdida patrimonial directa como en una afectación a las expectativas de mejoras, de ventas entre otras". Sala Penal Permanente R.N. N° 1402-2001. Lima, 4 de junio de 2002.

⁴⁸ Sentencia recaída en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1296-2007, (F.J. 5) pág. 6; El delito de colusión ilegal exige como presupuesto para su comisión la "concertación", que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse asimismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública" (Ejecutoria Suprema, del 4 junio del 2004. R. N. N° 740-2003. Arequipa).

⁴⁹ Cfr. CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pp. 114, 115.

⁵⁰ Cfr. LLORENTE FERNÁNDEZ (et al.). *Delitos contra la administración pública*. Ob. cit., 1998, p. 121.

concertación sea previa a toda defraudación, manteniendo más que un nexo de causalidad, una relación que pueda ser imputada a los intervinientes por la creación de un riesgo prohibido en el suceso típico.

41. No obstante lo expuesto, respecto al tipo agravado, no toda defraudación causada al patrimonio del Estado será susceptible de imputación a título de colusión, esto porque, en los procesos complejos de contratación pública, en la que interviene un funcionario público competente para negociar a favor de los intereses del Estado con un tercero interesado, pueden ocurrir sucesos fortuitos, como por ejemplo, el aumento de precios por algún desastre natural después de producida la contratación, aumento que ocasionará de manera inminente un perjuicio al Estado, y a pesar de ello no podrá imputarse responsabilidad penal a su autor –funcionario público competente–.
42. También, son susceptibles de este mismo tratamiento, aquellas actuaciones del funcionario público en las que falta a su deber de cuidado. En este último punto, es de destacar que el legislador nacional no ha previsto (a diferencia por ejemplo del delito de peculado culposo) una modalidad imprudente para el delito de colusión. En estas circunstancias, podrán aplicarse otros tipos penales, o en su caso, sanciones administrativas.

2. Ámbito de actuación del Funcionario Público

43. El delito de colusión como delito de infracción de deber, requiere como autor un funcionario o servidor público que actúe en razón de su cargo.
44. Al respecto, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, utiliza el término “funcionarios”, refiriéndose a todos aquellos que participan del procedimiento administrativo, sin introducir distinción alguna.
45. Por su parte la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República en su Novena Disposición final, señala que constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

“Servidor o Funcionario Público. Es para los efectos de esta Ley, todo aquél que independientemente del régimen laboral en que se

encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

46. En similar término, la Convención Interamericana contra la corrupción (Caracas–Venezuela) establece como definición para “funcionario público”, “oficial gubernamental”, “servidor público”: cualquier funcionario o empleado del Estado, sean estos seleccionados, designados o electos, que desempeñan actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
47. Por último, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (31 de octubre de 2003) define al funcionario público como:
“Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad en el cargo, o toda persona que desempeña una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública o que preste un servicio público”.
48. Lo anotado se condice con lo prescrito por el Código Penal que en su artículo 425° señala que se consideran funcionarios o servidores públicos:
 1. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
 2. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
 3. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
 4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
 5. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.
49. Debemos precisar que a consecuencia de la configuración del artículo 384° del Código Penal como delito de infracción de deber, la

responsabilidad penal no puede recaer en cualquier funcionario o servidor público, por el solo hecho de tener tal calidad⁽⁵¹⁾, sino solo y únicamente en aquel o aquellos que ostentan el «poder de decisión» sobre las contrataciones públicas, actuando en representación del Estado.

50. Cuando hacemos mención al *funcionario con poder de decisión*, debe entenderse este concepto en los términos planteados por la Ley N° 29758 abarcando de este modo a todos aquellos funcionarios que por razón de su cargo intervienen directa o indirectamente en cualquiera de las etapas de la modalidad de contratación pública. En este ámbito serían pasible de imputación los asesores legales de la entidad licitante, los gerentes de línea, los integrantes del Comité de adquisiciones, los directores de la entidad u organismo del Estado, así como cualquier otro funcionario o servidor cuya contribución resulta idónea para proceder a la contratación pública.
51. Es pertinente señalar que estamos ante una calificación —especial— por la cual se circunscribe como agente delictivo a aquellos sujetos que tienen el deber especial, como supuestos configurativos del injusto, circunstancia que también debe recaer en el «interesado», así, el funcionario público con capacidad de decisión, solamente podrá concertar con aquellos interesados —particulares— calificados (también bajo reconocimiento administrativo) para contratar con el Estado. Nos encontramos ante una capacidad múltiple —funcionario público con interesado— previamente reconocida por la entidad administrativa.
52. Tal poder de decisión, si bien debe existir de manera formal (a través de los entes administrativos que regulan la actividad pública), también debe reflejarse en la intervención material del funcionario público en el suceso de contratación; por tanto, su actuación debe darse en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo (no haciendo falta que el funcionario posea un poder general⁽⁵²⁾).
53. Si el funcionario no estaba facultado, o no se encontraba dentro de sus funciones participar directa o indirectamente en representación del Estado o si, a pesar de tener el poder de decisión no interviene de manera ilícita en el proceso de contratación pública, dándose, a

⁵¹ Este parecer reconduciría a un Derecho penal de autor, hoy totalmente proscrito.

⁵² CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO / CASTILLO ALVA, p. 91.

pesar de todo, un perjuicio al patrimonio del Estado por otros factores, tales conductas serán atípicas en relación a su responsabilidad como autor del delito de colusión.

54. La intervención de un funcionario público sin poder de decisión sobre una determinada contratación pública puede acarrear responsabilidad, siempre y cuando sea de manera dolosa, pero ya no como autor, sino en calidad de partícipe. Dicha calidad viene supeditada, en razón que, si bien posee calidad de funcionario público, no tiene el deber específico de actuación –poder de decisión– sobre la contratación pública. De ello se deriva que el «deber» exigido al funcionario público no puede serle impuesto de manera abstracta, es decir, por el solo hecho de tener tal calidad, sino que, deberá estar orientado al «poder de decisión» en el caso concreto.
55. La responsabilidad penal por delito de colusión de un funcionario sin poder de decisión estará, por tanto, supeditada a la existencia de otro funcionario, en este caso competente, que realice acuerdos ilícitos con los interesados, y por tanto, responda como autor del delito de colusión.
56. El criterio del poder de decisión ha sido recogido por la jurisprudencia:

"Si el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente" (Ejecutoria Suprema del 20 de marzo de 1997. Exp. N° 1522-97-Lima).

"El delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la adquisición" (Ejecutoria Suprema del 5 de mayo de 2003. Exp. N° 1382-2002-Puno).

57. Sobre la defraudación del patrimonio del Estado, existe consenso por parte de la doctrina al sostener que no resulta indispensable que el funcionario público pertenezca a la entidad perjudicada⁽⁵³⁾; tam-

⁵³ ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., p. 310; GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, p. 33; CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, p. 93.

co se requiere comprobar el enriquecimiento del funcionario público como producto de su accionar delictivo⁽⁵⁴⁾, al ser este un elemento ajeno al tipo penal de colusión, y que de presentarse cabría encuadrarlo en el delito de enriquecimiento ilícito. Desde luego, la identificación de un superávit en el patrimonio del funcionario se proyecta como un indicio que puede concurrir a la tesis del delito de colusión.

58. Dentro del ámbito de actuación del funcionario público se discute los casos de ausencia de una relación formal entre el agente (funcionario público) y la institución pública, conocidos como «funcionario de hecho», debido a que se encuentran sujetos no por una relación normativa, sino fáctica. En relación a estos casos, en de la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO⁽⁵⁵⁾ ve como única posibilidad de imputación aquellos sucesos en los que el funcionario público ostente un nombramiento defectuoso.
59. Otro problema de gran complejidad se da en las situaciones de delegación de funciones o competencias por parte del funcionario público. Al respecto, habría que tener en cuenta la disponibilidad de tal delegación, si en el caso concreto se puede transferir la obligación jurídica. Ello será posible solo en los casos de competencias delegables⁽⁵⁶⁾, siempre que el funcionario delegante, además de ostentar un poder de decisión, tenga dentro de sus facultades la de delegar funciones; de lo contrario, la conducta no podría configurar el delito de colusión, debido a que no se produjo la transferencia del deber especial. De lo contrario, podría configurarse el delito de *usurpación de funciones*, pero no un delito de colusión.
60. Asimismo, se debe analizar si la institución u organismo que recibe los recursos tiene una naturaleza mixta o han sido creados o se rigen por leyes especiales. Al respecto debemos indicar que lo importante para determinar si una institución se encuentra dentro del ámbito público, resulta preciso establecer si el Estado tiene algún tipo de con-

⁵⁴ Cfr. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pág. 420; ROJAS VARGAS, ob. cit., pág. 422.

⁵⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 36.

⁵⁶ Así también, GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, p. 37; GÓMEZ MÉNDEZ / GÓMEZ PAVAJEAU. *Delitos contra la administración pública*, p. 317. En la doctrina brasilera, cfr. CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*, 12ª edición, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2005, p. 325; TAVARES DE FREITAS, André. *Crimes na lei de licitações*, Lumen Juris, 2ª ed., Río de Janeiro, 2010, p. 95.

tro⁽⁵⁷⁾ sobre la entidad u organismo que percibe los recursos; para ello debemos observar si las entidades que se encargan de fiscalizar los usos de los recursos son públicos, asimismo debemos de observar si el Estado participa en el nombramiento de los integrantes del órgano de decisión, pues este es uno de los mecanismos que el Estado tiene para velar por los fondos y recursos que administra la entidad.

61. Por último, los recursos que recibe la institución pueden ser directos o indirectos, así se admiten tanto las transferencias presupuestales como las transferencias financieras⁽⁵⁸⁾, entre otros tanto mecanismos directos o indirectos que el Estado utiliza para transferir recursos.

3. **Ámbito de actuación del particular**

62. Para configurar el delito de colusión, no basta la sola intervención del funcionario público, por más que este tenga la intención de concertar, debido a que la actuación que exige este tipo penal es bilateral, es decir, que además se requiere que tal concertación sea compartida por el particular (que generalmente es aquel que actúa en representación de una empresa elegida para contratar con el Estado).
63. Dicha concurrencia de voluntades, aunada a la diferente calidad de sus intervinientes, crea problemas al momento de establecer la imputación, debido a que este tipo penal es un delito de infracción de deber solo para el funcionario público.
64. Desde esta perspectiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se manejan dos posiciones:
- a) Para la teoría de la *«ruptura del título de imputación»*, la concurrencia de un *intranei* y un *extranei* en un delito de infracción

⁵⁷ La doctrina sobre derecho administrativo clasifica a los entes como públicos o privados. Al respecto, GORDILLO explica que las características para definir si un ente es público son: 1) que sea creado por ley, 2) que tenga un fin público y; 3) que sea controlado por el Estado. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, Séptima edición, Páginas XIV-8 a XIV-9, 1ª Edición Peruana Ara Editores, Lima, 2003, 7ª Edición Argentina, FDA, Buenos Aires, 2003.

⁵⁸ La transferencia financiera son los "recursos que otorgan los pliegos presupuestarios a otras Entidades u organismos sin contraprestación alguna, para el cumplimiento de las Actividades y Proyecto aprobados en los presupuestos Institucionales de los Organismos de destino". Artículo 14 literal "c" de la Ley. N° 27209. Ley de Gestión Presupuestaria del Estado del año 1999.

de deber rompe con el marco común de imputación. Desde esta perspectiva, el primero, responderá directamente por la vulneración de su deber especial, es decir, como autor del delito de colusión, quedando solo la posibilidad de imputar al *extranei* por un delito común. Por tanto, desde esta orientación quedaría descartada toda posibilidad de configurar participación de un *extranei* en un delito de colusión (infracción de deber) debido a que la norma penal abarca directamente al *intranei*, otorgándole capacidad especial para vulnerar el deber de protección del patrimonio del Estado. Los tipos de infracción de deber sólo permiten determinar el grado de responsabilidad penal del *intranei*, siempre en calidad de autor.

El deber especial no puede ser infringido por cualquier persona, sino por aquel que ostenta el deber de protección, es decir, aquel a quien va dirigida la norma, como deber especial.

Esta postura se apoya en la "incomunicabilidad de las circunstancias que afectan la responsabilidad y punibilidad", regulado en el artículo 26° del Código Penal⁶⁹. Por lo que, las características especiales con que cuenta el *intranei* no pueden ser trasladadas al *extranei*, toda vez que no afectan a este último.

La norma penal solamente se encuentra dirigida al *intranei*, pues sólo aquel puede vulnerar el deber especial previsto por el legislador.

- b) De manera contraria, en la teoría de la «**unidad del título de imputación**», el funcionario público (*intranei*) como el particular (*extranei*) compartirán el tipo penal al momento de su imputación, en este caso del delito de colusión. El funcionario en calidad de autor y el particular como partícipe necesario. Con esta posición se busca respetar el principio de «accesoriedad limitada».

Contrario a la *teoría de la ruptura de imputación*, esta se apoya en el "principio de accesoriedad" y, sostiene además que el artículo 26° del Código Penal no indica un parámetro orientador para

⁶⁹ "Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible".

determinar algún tipo de imputación, en el sentido de ser tratados dentro del injusto, sino que, por el contrario, el artículo 26° del CP encuentra su aplicación en el marco de la culpabilidad⁽⁶⁰⁾.

Este planteamiento ha sido reconocido mayoritariamente por la jurisprudencia:

"El ilícito previsto en el artículo 384° del Código Penal, toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los «Delitos contra la administración pública» en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos, quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción de deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos –intraneus–; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones, como en el caso de autos, con particulares en su condición de extraneus que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes"⁽⁶¹⁾.

65. Del tratamiento de la doctrina⁽⁶²⁾ como de la jurisprudencia⁽⁶³⁾ se reconoce con unanimidad a la "teoría de la unidad del título de imputación". Por ende, adoptamos esta postura, debido a que no parece viable establecer un marco de imputación distinto a quien tiene la calidad de *extranei*.

⁶⁰ Críticamente, GARCIA CAVERO, para quien las circunstancias personales que hace referencia este artículo pertenecen al injusto [Lecciones de Derecho penal. Parte general, 2008, p. 601].

⁶¹ Ejecutoria Suprema. R. N. N° 124-2005-Ancash, de fecha 6 julio de 2005.

⁶² A favor de esta postura en doctrina nacional, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2003, p. 57; CARO CORIA, Dino. El delito de enriquecimiento ilícito en SAN MARTÍN CASTRO, César. Delitos de Tráfico de influencias, ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, Jurista Editores, 2002, p. 233; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación, AKAL, 1996, p. 192.

⁶³ Vid. R. N. N° 3041-2007, Lima, del 11 marzo de 2009; R. N. N° 3041.

VI. DEFRAUDACIÓN COMO PERJUICIO: ESTADO ACTUAL DEL DEBATE

66. Actualmente, el punto de mayor discusión en el delito de colusión gira en torno al criterio de defraudación del patrimonio del Estado, específicamente, sobre la determinación del «perjuicio», ello en relación a su pertenencia y aplicación.
67. Esto ha llevado a una parte, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, adoptar varias posiciones. Se encuentran por un lado, aquellos que sostienen que no se requiere de este elemento –perjuicio– para configurar el delito de colusión, encontrándonos ante un delito de mera actividad⁽⁶⁴⁾.
68. De aplicarse este planteamiento, se trasladarían todos los problemas del «perjuicio» a la sola configuración del acuerdo conjunto; dicho de otra manera, para que este delito quede consumado bastará con la sola concertación entre funcionario público y los interesados quedando la defraudación al patrimonio del Estado como un elemento subjetivo de tendencia, sin ninguna necesidad de plasmación en la parte objetiva del delito⁽⁶⁵⁾.
69. Esta forma de interpretar el delito de colusión fue introducida en nuestro ámbito nacional, siguiendo a la doctrina española, por el profesor ABANTO VÁSQUEZ. Así, del artículo 436° del CPE se desprende dos modalidades de comisión delictiva: la «concertación» y el «uso de cualquier otro artificio» defraudatorio (a diferencia de la regulación nacional en donde el legislador solo ha previsto la concertación como única modalidad para configurar el delito de colusión). Para su consumación no se requerirá una efectiva causación de perjuicio⁽⁶⁶⁾ al patrimonio del Estado, siendo entendida como un «elemento subjetivo del injusto integrado por el ánimo de defraudar a la Administra-

⁶⁴ ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la administración*, ob. cit., pág. 317; “En los delitos de actividad el tipo del injusto se agota en una acción del autor, no precisándose un resultado en el sentido de un efecto exterior diferenciable espacio-temporalmente” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*, 1993, p. 237).

⁶⁵ GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 43.

⁶⁶ LLORENTE FERNÁNDEZ (et alt.). *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., 1998, p. 121; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés en CONDE-PUMPIDO Tourón (Director). *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 3174-3175; PÁZ RUBIO / COVIAN REGALES en Beneytez Merino (et alt.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III. Editorial EDIGRAFOS, Madrid, 1997, p. 4133.

ción Pública»⁽⁶⁷⁾. Se trata entonces, como se sostiene, de un delito de mera o simple actividad, donde la defraudación, más allá de la concertación, solo refleja el grado de orientación subjetiva de los intervinientes en el suceso delictivo.

70. Este primer planteamiento ha sido objeto de numerosas críticas de parte de la doctrina⁽⁶⁸⁾. Exigir para la configuración del delito de colusión la sola concertación del funcionario público con los interesados, sin la necesidad de un perjuicio al patrimonio del Estado, generaría problemas. Así, en relación a la «tentativa», solo en cierto modo podría aplicarse una tentativa inacabada⁽⁶⁹⁾, porque como bien señala GARCÍA CAVERO⁽⁷⁰⁾, siguiendo a ROXIN, en estos casos existe coincidencia entre la consumación del delito —mera actividad— con la tentativa acabada.
71. De modo general, existe consenso en que el delito de colusión no puede ser interpretado del mismo modo que en la doctrina española, pues ambos tipos penales se enmarcan en diferentes técnicas legislativas previstas en un diferente contexto social⁽⁷¹⁾.
72. El delito de colusión debe entenderse bajo exigencia de un resultado lesivo al bien jurídico protegido, es decir, no basta para su configuración la sola concertación entre los interesados, sino que además, este acto debe ocasionar un perjuicio real al patrimonio del Estado. Desde esta perspectiva, el perjuicio debe ser entendido de manera

⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pág. 421.

⁶⁸ Para ROJAS VARGAS, esta posición no se desprende del tipo penal peruano (cfr. *Delitos contra la administración pública*, págs. 422, 423, 424). En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 45).

⁶⁹ Para ABANTO VÁSQUEZ, no es posible la tentativa, en ninguna de sus modalidades (cfr. *Los delitos contra la administración pública*, pág. 317). En el mismo sentido, REYNA ALFARO. "Estructura típica del delito de colusión desleal" en *Actualidad Jurídica*, Tomo 130, 2004, pág. 71.

⁷⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 44.

⁷¹ Es de recordar que el delito de colusión no se encuentra previsto en todos los ordenamientos jurídicos, variando en relación de la realidad social de cada país. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico brasileiro, estas conductas son abarcadas por la Ley Especial de Licitaciones N° 8666, del 21 de junio de 1993, que cuenta con varios tipos penales (Sección III "De los crímenes y de las penas") a aplicar de acuerdo al momento en que se encuentre el proceso de licitación [Vid., ampliamente, TAVARES DE FREITAS, André. *Crimes na lei de licitações*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010; COSTA, Paulo. *Direito Penal das licitações*, São Paulo, Saraiva, 1994; GRECO FILHO, Vicente. *Dos Crimes da lei de licitações*, São Paulo, Saraiva, 1994].

«objetiva» y no, por el contrario, como elemento subjetivo de tendencia.

73. Este planteamiento, a pesar de ser muy discutido, ha sido adoptado por parte de la jurisprudencia:

“El delito se consumaría con la simple «colusión» o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. Solamente se necesitaría la «idoneidad» del acto de colusión”⁽⁷²⁾.

74. Otro sector de la doctrina⁽⁷³⁾ considera que si bien la concertación es el elemento fundamental del delito de colusión, exige además para su configuración una defraudación dada a través de un perjuicio económico al patrimonio del Estado o a las instituciones bajo su dependencia; por lo que estaríamos ante un delito de resultado⁽⁷⁴⁾.

75. Creemos que esta es la posición más acorde para el tipo penal de colusión, debido a que dentro de ella se conjugan dos criterios necesarios para imputar: por un lado la exigencia de concertación, y por el otro, su materialización mediante un perjuicio al patrimonio del Estado o de algún organismo del Estado, ambas conforman el grado de injusto del delito de colusión. Queda, por tanto, descartada cualquier interpretación de este tipo penal como delito de peligro abstracto.

76. Este criterio ha sido recogida por la jurisprudencia:

“(…) que el tipo penal exige que se produzca la defraudación de los intereses del Estado a través de la concertación, la que puede realizarse mediante diversas modalidades confabulatorias, pactos ilícitos o arreglos en perjuicio de los intereses estatales, lo cual debe reflejarse en un perjuicio económico (...)”⁽⁷⁵⁾

⁷² Ejecutoria Suprema del 17 febrero de 2005. R. N. N° 1464-04-Cusco.

⁷³ ROJAS VARGAS, ob. cit., pág. 422; GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 48; PORTOCARRERO HIDALGO. *Delitos contra la administración pública*, 1996, pág. 150; HUGO ÁLVAREZ. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, 2002, pág. 79.

⁷⁴ Por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro, separada espacial y temporalmente de la acción del autor (ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, 1997, pág. 328).

⁷⁵ Ejecutoria Suprema del 10 noviembre del 2004. R. N. N° 3342-2003-Ucayali.

77. En esta línea argumentativa, un sector de la jurisprudencia nacional ha extendido el planteamiento a un punto de vista intermedio, al considerar que no necesariamente se requiere de un perjuicio económico materializado de manera estricta, sino que basta para su configuración la presencia de un «perjuicio potencial»⁽⁷⁶⁾.
78. Este parecer ha sido tomado en cuenta por alguna jurisprudencia:
- “Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”⁽⁷⁷⁾.*
79. La adopción por parte de la jurisprudencia del criterio del perjuicio potencial, apunta a la necesidad de sancionar conductas delictivas provenientes de los altos grados de corrupción, que vienen siendo comunes en nuestro país, toda vez que en algunos casos resulta casi imposible determinar un perjuicio económico con exactitud, por lo que en esa lógica, la sanción penal quedaría en grado de tentativa o, en la impunidad.
80. Este criterio adoptado por parte de la jurisprudencia nos lleva al punto de la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, siendo importante este último, postulado que debe identificarse con la orientación que ha escogido el legislador al momento de establecer el tipo penal, es decir, el bien jurídico protegido. Así, si consideramos al patrimonio público como bien jurídico protegido en el delito de co-

⁷⁶ Actualmente son varias las sentencias que adoptan esta postura: “constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración” (Ejecutoria Suprema, del 15 febrero de 2005. R. N. N° 79-2003-Madre de Dios); “(...) esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, dado que el tipo penal mismo dice que ese ‘fraude’ debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación, la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro” (Ejecutoria Suprema, del 3 febrero del 2006. R. N. N° 3250-2005-Ayacucho); “(...) empero lo que debe acreditarse –con arreglo a las exigencias del tipo de injusto del aludido delito, previsto y sancionado por el artículo 384° del Código Penal– es que la concertación entrañe posibilidad de perjuicio económico a la administración pública, de compromiso lesivo del patrimonio público” (Ejecutoria Suprema, del 22 junio del 2005. R. N. N° 798-2005-Ica).

⁷⁷ Sentencia recaída en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1296-2007, (FJ. 5), pág. 6.

lusión, no podría considerársele como delito de peligro abstracto⁽⁷⁸⁾, porque su propia figura delictiva le exigiría para la configuración del tipo penal una lesión material al bien jurídico –patrimonio–, siendo necesario su configuración como delito de resultado.

81. En este sentido, el «perjuicio potencial» al que hace referencia la jurisprudencia debe ser entendido como delito de resultado en la modalidad de peligro concreto, pues desde este punto de vista los hechos cuentan con todas las características idóneas para la producción de un perjuicio al patrimonio del Estado, solo que tal resultado no se ha dado, por casualidad⁽⁷⁹⁾. Mejor dicho, para establecer la responsabilidad penal por delito de colusión no bastará con la concertación entre los interesados, sino que a su vez habrá que establecer, al momento de la prueba, el porqué a pesar de presentarse todos los presupuestos necesarios para originar un perjuicio material, este no se ha dado. Estas consideraciones que adopta la jurisprudencia no pueden entenderse como delito de peligro abstracto, puesto que ello llevaría a las mismas consecuencias de un delito de mera actividad.
82. Esto hace que la figura del «perjuicio potencial» se muestre como una variante, que necesariamente tiene que ser interpretada como delito de peligro concreto, con la que se busca evitar impunidad. Queda en manos de los operadores judiciales su aplicación en el marco de los presupuestos de legalidad exigidos. Pues, toda decisión judicial que se pronuncie sobre ella –como entiende HABERMAS– debe satisfacer simultáneamente dos requisitos: consistencia con el ordenamiento jurídico y aceptabilidad racional⁽⁸⁰⁾.

⁷⁸ En la doctrina, la figura del "peligro abstracto" ha sido objeto de numerosas críticas, así, para HIRSCH debe sustituirse la clásica clasificación de delitos de peligro abstracto y concreto por los denominados por él delitos de peligro y delitos de peligrosidad. En ese sentido propone un único concepto de peligro, entendido como delito de peligrosidad concreta. (Cfr. *Peligro y peligrosidad*. Trad. Sola Reche en ADPCP, 1996, págs. 514-524). Para BAIJUN, el peligro debe ser inmediato y concreto, pues solo con esos caracteres se convierte en una entidad susceptible de ser contemplada por el Derecho penal. (Cfr. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. B de F, 2007, pág. 47). Una posición crítica sobre esta clase de delitos lo establece GÜNTHER (cfr. "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal?" en *Estudios de Derecho Penal*, Romeo Casabona, Carlos (Director). Comares, 2000, pág. 489-505).

⁷⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO EN GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVÁ, págs. 46, 47.

⁸⁰ GARCÍA AMADO, Juan. *La Filosofía del Derecho de HABERMAS y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, 1997, págs. 49, 50.

83. La modificación del tipo penal de colusión, mediante Ley 29703, parecía haber encontrado un parámetro orientador de esta figura, como delito de resultado, donde requería un perjuicio al patrimonio del Estado para configurarlo. Sin embargo, esta línea fue cambiada en poco tiempo, por Ley 29758, en ella se conjugan ambos criterios en debate, es decir, la posición que señala que el delito de colusión es de mera actividad, donde para su consumación basta el solo acuerdo ilícito entre funcionario o servidor público con los interesados (tipo penal base de colusión), señalándose en otro apartado del tipo penal su fórmula agravada, en la que se exige además del acuerdo ilícito entre las partes (funcionario público e interesados) un perjuicio al patrimonio del Estado.
84. Esta nueva regulación normativa significa una combinación de los criterios que venimos señalado (exigencia o no de perjuicio patrimonial para configurar el delito de colusión), ampliamente debatidos, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia nacional. En tal sentido, parece que con esta propuesta desaparecería la orientación del perjuicio potencial. Quedando la idea del perjuicio al patrimonio del Estado como una segunda modalidad –agravada–, completando el tipo base, para el cual basta con la sola concertación ilegal –idónea– para defraudar al Estado.

VII. LA COLUSIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA

85. En Derecho penal ya son características dos formas de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, por un lado están aquellos comportamientos que guardan un marco de «prohibición», y otras, que establecen «mandatos». La primera guarda relación con los delitos cometidos por «acción», mientras que los segundos, con aquellos comportamientos «omisivos».
86. Generalmente los tipos penales establecen una protección directa del bien jurídico, es decir, la persona guarda una relación personal con su bien jurídico; por tanto, en principio solo aquel titular tiene potestad de protegerla. Frente a ello, existen delitos como los de omisión impropia, donde se exige al sujeto específico una actuación positiva dirigida a proteger, no su propio bien jurídico, sino la de un tercero. Esto, por ejemplo, ocurre en relación al “salvavidas”, en caso que, a pesar de disponer de una posición de deber sobre los bañis-

tas, incumple de manera dolosa con el rescate de una persona que se ahoga. También en los casos de colusión, donde es el funcionario público encargado de proteger el bien jurídico patrimonio del Estado puesto a su guarda.

87. La posibilidad de configurar el delito de colusión por omisión impropia debe darse acudiendo al artículo 13° del Código Penal, figura donde se conjugan la posición de garantía con el principio de legalidad, como característica propias para su configuración.
88. Es de señalar que en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia no viene manejando una posición firme al respecto. Una de las pocas sentencias a nivel nacional al parecer rechaza esta posibilidad: *"en relación a las irregularidades cometidas por el comité de adquisiciones de insumos del programa del vaso de leche de la Municipalidad Distrital de Kimbiri y el procesado (...), es necesario que pese a que por su calidad de alcalde de esa comuna resultó ser miembro nato de la citada comisión, lo cierto es que mediante resolución de alcaldía número cero diecinueve – noventinueve MDK-A, obrante a fojas ciento trece, éste delegó sus funciones a su coprocesado (...), por lo que cualquier responsabilidad en dicho aspecto, resulta ajena a este encausado"*⁽⁸¹⁾.
89. En razón del artículo 13° del Código Penal, para su aplicación requiere de la concurrencia de dos presupuestos, una posición garante (numeral 1°), que establezca la obligación de actuar en el marco de su deber en la protección de un bien jurídico, y la denominada «cláusula de correspondencia» (numeral 2°), que consiste en relacionar dicha posición de garante con un supuesto típico comisivo. Esta última exigencia, necesaria para resguardar el principio de legalidad, hace complicada su aplicación en el delito de colusión⁽⁸²⁾.
90. Frente a ello, creemos que la posibilidad del delito de colusión por omisión impropia en razón de la posición de garantía del funcionario o servidor público es pasible de aplicación, el problema que hace difícil su configuración se desprende del numeral segundo, criterio que ampara el principio de legalidad. Esto trae como consecuencia buscar una equiparación comisiva a una conducta omisiva del fun-

⁸¹ Ejecutoria Suprema, R. N. N° 1016-2004-Ayacucho, de fecha 14 febrero de 2005.

⁸² Este problema es puesto de manifiesto por GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, p. 50.

cionario o servidor público, procedimiento que resulta complicado. Por eso algunos autores concluyen de manera negativa en cuanto a la aplicación de este criterio⁽⁸³⁾.

91. ROJAS VARGAS⁽⁸⁴⁾ sostiene que, en circunstancias donde el poder de decisión sobre la contratación pública recae en varios funcionarios, actuando como colegiado, el silencio adoptado por uno de ellos ante la existencia de un acuerdo ilícito entre los demás funcionarios públicos con los interesados podría configurar un delito de colusión por omisión impropia, cuestión que en este ejemplo nos parece incorrecto, debido a que la conducta desplegada del funcionario público es, en todo momento, comisiva⁽⁸⁵⁾.
92. En relación al ejemplo anterior, muchos casos que en principio parece desprenderse alguna conducta omisiva del funcionario público son en último término conductas comisivas, por lo que resulta innecesario en tales supuestos acudir al artículo 13° del CP. En base a tales presupuestos, queda por sostener que la posibilidad de su aplicación dependerá del caso concreto.

VIII. ASPECTO SUBJETIVO

93. De la descripción típica se desprende que estamos ante un tipo penal eminentemente doloso⁽⁸⁶⁾, pudiendo ser solo cometido con el conocimiento (aspecto cognitivo) y voluntad (aspecto volitivo) de defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados; bastando para ello el dolo directo⁽⁸⁷⁾, de lo contrario nos encontraríamos ante una conducta atípica por ausencia de imputación subjetiva.
94. El ánimo de lucro no es un elemento necesario, puede no presentarse en este delito⁽⁸⁸⁾. Esta conducta dolosa debe ser compartida tanto

⁸³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 311.

⁸⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 409.

⁸⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública*, ob. cit., pág. 311; En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, Percy en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 51.

⁸⁶ Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, pág. 339.

⁸⁷ ROJAS VARGAS, pág. 422; ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., pág. 316. A favor de la posible configuración del dolo eventual, CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 172.

⁸⁸ ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., pág. 316.

por el funcionario público como por los interesados. El funcionario debe tener conocimiento de que actúa en cooperación de un particular con la finalidad de beneficiarse en provecho propio o de terceros, perjudicando o poniendo en peligro el patrimonio del Estado. Ese mismo conocimiento debe poseer el interesado. Pues, si ambas actuaciones se hacen sin coordinación, es decir, de manera unilateral, no se configurará de ninguna manera el delito de colusión. Es por esto que el aspecto subjetivo debe ser tomado a modo de resolución conjunta, similar a una coautoría. Por ello se requiere un aporte mixto entre los intervinientes –funcionario público con los interesados– en el delito de colusión, tanto subjetivo como objetivo. Este proceso de dolo a veces en la práctica resulta complicado de probar⁽⁸⁹⁾.

95. El legislador nacional no ha previsto una forma imprudente de concertación, que pueda configurar el delito de colusión. Así, por ejemplo, si un funcionario público, en el marco de su competencia, produce un perjuicio al patrimonio del Estado mediante un actuar negligente, es decir, vulnerando su deber objetivo de cuidado, no podrá responder por este delito, pues de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de legalidad.
96. Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia:

"La conducta del procesado, quien en su calidad de Gerente General del Banco Central de Reserva del Perú efectuó depósitos de dinero, aperturas y traslados de cuentas en concertación dolosa con la parte interesada y obteniendo ventajas económicas, se encuadra dentro de los presupuestos del delito de concusión"⁽⁹⁰⁾.

IX. INTERVENCION DELICTIVA

97. Al encontrarnos ante un delito de infracción de deber –quedando sin efecto el criterio del dominio del hecho– la figura del autor se ve limita a aquel que posea características especiales. Es decir, autor

⁸⁹ Sobre su necesidad probatoria, Vid. Ejecutoria Suprema. R.N. N° 1022-2004, de fecha 7 diciembre de 2004.

⁹⁰ Ejecutoria Suprema del 12 mayo de 1995. Exp. N° 2744-93-B-Lima (El resaltado es nuestro); "El aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la empresa de economía mixta en la que laboraba, para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores, de manera secreta y defraudar al Estado, constituye delito de concusión desleal". (Ejecutoria Superior del 12 septiembre de 1996. Exp. N° 1531-92-Junín).

será sólo aquel, funcionario o servidor público, competente, obligado a proteger o administrar, por razón de su cargo, el patrimonio del Estado dentro de los márgenes permitidos por la ley.

98. Si bien, en principio, tales características especiales con las que debe contar el agente delictivo parecería reducir las posibilidades de intervención delictiva solamente a una autoría directa. Sin embargo, a pesar que la descripción de este tipo penal establece elementos particulares pueden configurarse también figuras como de coautoría y autoría mediata⁽⁹¹⁾.
99. Estaremos ante a una coautoría por colusión cuando el deber especial sustentado en la norma extrapenal es compartido por más de un funcionario o servidor público. En tal sentido, el poder de decisión sobre la contratación pública no depende de un único funcionario público, sino que este deber es compartido, así como la responsabilidad penal.
100. Por su parte, la autoría mediata⁽⁹²⁾ se desprende del propio tipo penal, cuando señala: *"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente (...)".* Se da en los casos en que el funcionario público comete el delito de colusión aprovechándose del error o coacción de un instrumento, sea éste un particular o quizá un funcionario público. Esta figura no será de aplicación cuando el funcionario público y el interesado conciertan ilegalmente y de manera idónea orientando su conducta a defraudar o poner en peligro el patrimonio estatal, debido a que este último comportamiento configura el tipo normal de colusión (el funcionario público como autor y el interesado como partícipe necesario).
101. De la descripción normativa de este tipo penal se observa que la concertación ilegal no puede configurarse de manera unilateral, sino conjunta, como acuerdo de voluntades. Esta última afirmación no debe ser confundida con la coautoría, que requiere para su configuración un «acuerdo y ejecución común entre los intervinientes del

⁹¹ Vid. ROXIN. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, ob. cit., pág. 391.

⁹² BOCKELMANN/VOLK. Direito penal. Parte geral, (Trad. De Oliveira Mendes), Editora del Rey, 2007, Belo Horizonte, pág. 228; En el mismo sentido, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación, Akal Editores, Madrid, pág. 192.

delito»⁽⁹³⁾; porque, como hemos visto al desarrollar el delito de colusión como delito de infracción de deber, no resulta, en estos casos, su aplicación, toda vez que el particular no guarda un deber especial para con la administración pública, como sí sucede con el funcionario público.

102. Desde esta perspectiva, en relación al interesado, su intervención será siempre en grado de partícipe —a pesar que ostenten el dominio del hecho—, específicamente como «cómplice primario»⁽⁹⁴⁾. Por lo tanto, el funcionario público en su relación con el interesado no guardará relación de imputación a título de coautoría, sino, como autor y cómplice (primario) respectivamente.
103. Resulta también aplicable la “instigación”, cuando por ejemplo el funcionario público sin competencia sobre la contratación pública o el interesado determinan al funcionario público con poder de decisión, es decir, generan la idea delictiva, orientada a la concertación ilegal para lesionar o poner en peligro el patrimonio del Estado.

⁹³ PÉREZ ALONSO. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 218.

⁹⁴ ROJAS VARGAS, ob. cit., pág. 428; ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., pág. 316; CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, pág. 152.

TÍTULO SEGUNDO
INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL
DELITO DE COLUSIÓN EN EL
CÓDIGO PROCESAL PENAL

X. LA INVESTIGACIÓN

104. La Constitución legitima la titularidad del Ministerio Público para ejercer la acción penal en los artículos 158°, 159° y 160°; los articulados anotados otorgan dos atribuciones esenciales al Fiscal: a) la de investigar el delito y, b) la de ser el titular de la acción penal, ya sea mediante la promoción de oficio o a petición de parte.
105. Asimismo, el Ministerio Público cumple una función complementaria, que es la tutela de la legalidad de los actos jurisdiccionales, interviniendo en favor de los ciudadanos que encuentran afectados en sus derechos fundamentales.
106. El Fiscal, cuando investiga, actúa en salvaguardia de los derechos de la sociedad frente al Estado, de este modo nuestro sistema de investigación, se inicia con el anoticiamiento o noticia de la existencia de un presunto hecho delictivo. Esto permite al Fiscal de la Investigación Preparatoria realizar actos de investigación, en tanto se trate de un supuesto hecho perseguible de oficio.⁽¹⁾

¹ Al respecto, SAN MARTÍN CASTRO nos recuerda que "las autoridades de la persecución penal –en concreto, el Ministerio Público– están obligados –tienen que hacerlo– a intervenir de oficio cuando tomen conocimiento de la comisión de un hecho punible. Este inevitable deber de intervención –que es el complemento del principio de oficialidad– señala TIEDERMAN, resulta tanto de la función del Derecho Penal de garantizar la protección de bienes jurídicos, como del fin del proceso penal de asegurar la paz jurídica y realizar el Derecho Penal. Tal principio, sin embargo, no obliga a investigar y formular inculpaciones jurídicas-penales en todos los casos; desde su contenido, exige la existencia de concretos indicios fácticos de la comisión de un hecho punible. Es decir, el inicio de una investigación penal requiere de la presencia de una sospecha inicial simple y, progresivamente, al concluir la investigación, para formular una acusación –que dé lugar al enjuiciamiento del sospechoso o imputado–, es necesaria la presencia de elementos de convicción que revelen probabilidad delictiva o sospecha vehemente o fundada de su comisión y de la interven-

107. Por lo expuesto, la misión institucional en defensa de los intereses vinculados al orden público y social, convierte al Fiscal en representante de la sociedad, ejerciendo todos los derechos que el ejercicio de la persecución del delito trae aparejado.
108. Las atribuciones del Ministerio Público son definidas por el artículo 159º de la Carta Magna, entre ellas destacan:
 - a. Conducir desde su inicio la investigación del delito.
 - b. Ejercitar la acción penal de oficio o a instancia de parte.
109. Por su parte, el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 052 de 18 de marzo de 1981, Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que una de las funciones del Ministerio Público, es "(...) la persecución del delito (...)", que consiste en la activación de todos los mecanismos necesarios para el descubrimiento de una verdad presuntamente delictivo.
110. Mientras que el artículo 11º de la citada norma precisa que el titular del ejercicio de la acción penal la ejerce de oficio, a instancia de parte o por acción popular, en caso de delito de comisión inmediata. Para este efecto, expondrá los hechos que tiene conocimiento, el delito que tipifica y la pena; asimismo, la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.
111. Asimismo, el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

(...) Si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede alternatively, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Penal. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. (...)
112. Por su parte, el artículo IVº del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de probar el hecho

ción del imputado. Operado estos presupuestos, el fiscal está obligado a actuar, pues de no hacerlo incurre en la comisión de un delito". SAN MARTÍN CASTRO, César. "Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria". Revista *Actualidad Jurídica*. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 146, Lima, enero 2006, pág. 276.

delictuoso, es decir, tiene la carga de la prueba,⁽²⁾ para ello asume la conducción de la investigación desde su inicio.⁽³⁾

113. De este modo "(...) la actividad del Fiscal en la investigación estará orientada a alcanzar los siguientes objetivos:

- a) Determinar si la conducta incriminada es delictuosa.
- b) Determinar las circunstancias o móviles de la perpetración del delito investigado.
- c) La identificación del autor o partícipe y de la víctima; y
- d) La existencia del daño causado".⁽⁴⁾

² La doctrina de la carga de la prueba o de la carga probatoria es entendida como aquella conducta, en un marco de alternativas posibles, en la que los sujetos procesales realizan actividades tendientes a incorporar al proceso medios pruebas, con el fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza psicológica sobre la existencia o no de los hechos afirmados. Se trata de un imperativo del propio interés de cada litigante, así la carga expone una propuesta de conducta, a efectos de que el sujeto procesal que desea crear convicción en el órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados, los acredite a fin de no solo tener la posibilidad de ver amparada su pretensión, sino que además, con tiene el propósito de evitar que la falta de la prueba le ocasione efectos perjudiciales. Ello no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba produzca, pues en virtud del principio de comunidad de prueba, el material probatorio incorporado surte todos los efectos, quienquiera que lo haya suministrado. Visto así, la carga es un imperativo jurídico del propio interés que tiene que ser percibido en términos de un derecho optativo (lo que implica que no se trata de una conducta impuesta), que de no cumplirse no comporta sanción de carácter jurídico. En estos términos, la no probanza de los hechos que se alega, trae como consecuencia el riesgo que no sea amparada la pretensión, ya sea por falta o insuficiencia de pruebas, se trata de una circunstancia que no puede ser suplida por la imaginación del juez o por un forzado juego de presunciones de quienes administran justicia.

³ Como bien dice el Tribunal Constitucional: "(...) el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictuoso o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria; para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional". Exp. N° 3960-2005-PHC/TC-Junín. Chupaca, 20 de julio de 2005.

⁴ RAMOS HEREDIA, Carlos. *El rol del Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal. Estudios y Jurisprudencia*. Fondo Editorial USMP, Lima, 2010, p. 25.

114. Para alcanzar los objetivos trazados por la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público, se requiere realizar la investigación; y esta puede ser entendida como el conjunto de diligencias cuya finalidad es la búsqueda de medios o fuentes de pruebas conducentes e idóneas para el descubrimiento del hecho punible, los partícipes del delito, el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, de ser varios los investigados.

XI. LA INVESTIGACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN

115. La investigación en los delitos contra la Administración Pública en general representa un esfuerzo sustancial por determinar todos los puntos del *iter* incriminatorio a partir de la identificación plena del hecho imputado.
116. La investigación del delito de colusión se manifiesta como un conjunto de labores dirigidas a asegurar los objetos de prueba y, procurar su correcta incorporación a la investigación preparatoria con las debidas garantías. En esta tarea, la Policía Nacional es un actor principal en la investigación preliminar, cobrando singular importancia con su labor de apoyo al momento de esclarecer los hechos y las personas involucradas.
117. Al tratarse de un delito en el que se utiliza la estructura administrativa del Estado u organismos sostenidos por esta y dentro del cumplimiento de un procedimiento en la que los funcionarios públicos ejercen actos de poder, es menester hacer una serie de observaciones, a efectos de determinar la complejidad de la investigación:
- a) La primera observación es que el Fiscal de la Investigación Preparatoria se topa con una serie de escollos vinculados inicialmente con la diversidad de la normativa aplicable, aspecto esencial para determinar si la tramitación del procedimiento responde a la promoción de intereses económicos particulares o si se trata de un problema de error, confusión en la interpretación y observancia de la Ley o si se está ante un problema de ignorancia sobre la aplicación del conjunto normativo, pues es también posible que las normas de aplicación para un determinado procedimiento sean defectuosas, o darse el caso de que los funcionarios encargados de utilizarlas carezcan de los conocimientos para interpretarlas en su conjunto.

De este modo, lo primero que se requiere para entender el hecho que se investiga, es comprender todas las normas que regulan el conjunto de eventos que llevaron a la materialización del acto de poder por parte del funcionario público.

Así, debemos tener claro que el delito de colusión es un problema de leyes y reglamentos, de paradigmas, de interpretaciones y observancia de las normas; pero sobre todo es un problema humano, pues incluso en el supuesto que la ley por defecto o error permita diversas interpretaciones que puedan llevar a la omisión o a una acción que analizada *ex post* resulta perjudicial para el Estado, debe primar en el funcionario público el *animus* del legislador que, en todos los casos, no es otro que la aplicación del principio de equidad y protección del patrimonio a través del cumplimiento de los objetivos institucionales.

- b) La segunda observación, es que los actos mediante los cuales los funcionarios públicos actúan, se manifiestan de modos distintos a los estándares normativos del sistema público, dañando el interés público para favorecer a los particulares a cambio de un beneficio para sí o para otro, incluso es admisible que el servidor público actúe estimulado por la promesa o por la esperanza de recibir un beneficio futuro para incurrir en un acto de colusión.

Lo acotado significa que el funcionario público no necesita romper con la norma para transgredirla, basta con que el acto de poder sea producto de una interacción o contacto entre el beneficiario y el servidor público encargado del procedimiento administrativo con poder de decisión y de la cual surja la voluntad íntima, preconcebida y calculada conciencia de favorecer a un particular.

- c) La tercera observación es que la materialización del delito de colusión responde a un concepto fluido, sujeto a un sinnúmero de condicionantes y que se exterioriza respecto de diferentes bienes o cosas, de acuerdo al lugar y las personas que participan. De este modo, los actos colusorios tienen manifestaciones particulares que están relacionadas al lugar, al tiempo y al contexto social en que se producen.

- 118. Cada una de las observaciones formuladas buscan delimitar el campo de investigación, a efectos de que se utilicen los recursos y herramientas de análisis y síntesis para explicar el fenómeno del delito, las

conductas de los funcionarios y el particular, así como para recabar las fuentes, elementos y medios de prueba respecto a los diversos aspectos que expliquen la perpetración del delito, a fin de lograr su esclarecimiento y sustentar la acción penal.

1. Los actos iniciales de investigación

A. La denuncia

119. Los actos iniciales de investigación se materializan a través de las diligencias preliminares; se trata de un conjunto de actos progresivos de investigación que van adquiriendo forma de acuerdo al avance, análisis y compulsas de las fuentes y elementos probatorios que se recogen.
120. Toda investigación tiene inicio en un hallazgo o una denuncia, sea por medio escrito, verbal o a través de los medios de comunicación. Lo importante es la transmisión de información o conocimiento al Ministerio Público o a la Policía Nacional de un hecho presuntamente delictivo, respecto del cual es posible identificar de manera sucinta las circunstancias que se denuncian.
121. De este modo, la denuncia "es el acto procesal consistente en una declaración de conocimiento (verbal o escrita) emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona al titular del órgano competente la noticia de la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito".⁽⁶⁾
122. Para formular denuncia por el delito de colusión no se exige ningún requisito procedimental, tampoco se requiere legitimidad para denunciar, ya que incluso un ajeno puede denunciar un acto de corrupción, de este modo lo puede hacer cualquier persona, sea esta directa o indirectamente perjudicada por el delito o un tercero que no resulte afectado por el delito, tampoco importa si es mayor de edad o no.
123. Así, por ejemplo, en caso de delitos contra la administración pública, toda persona que tenga conocimiento de un presunto delito está

⁶ ROSAS YATACO, Jorge. "Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal". *Vox Iudex*. Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año II, N° 3, Trujillo, octubre 2009, p. 232.

obligada a denunciarla, salvo las excepciones establecidas por ley; dentro de este ámbito tenemos a las personas que tienen un vínculo familiar con el denunciado hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

124. Cabe precisar que, en los casos de delitos contra la Administración Pública, determinados funcionarios están obligados a denunciar un acto de corrupción inmediatamente de conocida la noticia criminal, por razón de su cargo, profesión u oficio.
125. De este modo, existen casos en que la denuncia se produce a iniciativa de determinados funcionarios públicos autorizados para ello, como se da en los casos de los órganos de control, quienes tienen esta función específica.
126. Asimismo, en algunos casos establecidos en la ley orgánica del organismo público o de la institución encargada de su supervisión y control, se requerirá informe previo en la que se determinará los alcances del delito. Se trata de un requisito de procedibilidad convalidable en el curso de la Investigación Preparatoria, que no impide se lleven a cabo las diligencias preliminares.
127. Debemos precisar que, ya sea que quien formula denuncia penal sea un particular o un funcionario público, estamos ante una solicitud que tiene por finalidad incoar el procedimiento de investigación (*ius ut procedatur*) que no contiene *per se* el derecho a obtener una respuesta favorable al denunciante, solo contiene el derecho a que se investigue y se emita la Disposición que corresponda al caso en concreto.
128. Los investigados en un delito de corrupción de funcionarios tienen la carga de soportar de diversos modos e intensidades, según las circunstancias que concurren en cada persona, la investigación preparatoria y el posterior juicio oral, pues el sometimiento a un proceso penal no es más que el reverso o contrapartida al derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que no puede considerarse que una investigación preparatoria constituye *per se* una lesión antijurídica.

B. Las diligencias preliminares

129. Se trata del conjunto de diligencias o actos iniciales que buscan identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se pro-

dujo el hecho denunciado. En el caso del delito de colusión, dada su naturaleza, no se requiere la presencia física del investigador en el lugar donde se cometieron los hechos, sino más bien se requerirá la documentación que acredite la existencia del acto o actos reputados como determinantes, la forma de comisión, asimismo se identificará a los presuntos autores, etc.

130. De tratarse de un delito de cierta complejidad, corresponde al Fiscal de la Investigación Preparatoria determinar las pautas de cómo deben llevarse las diligencias preliminares; para ello cuenta con la asistencia de la Policía Nacional con la que trabajará en conjunto para reunir el material probatorio que define el hecho histórico.
131. La investigación realizada se materializará en el Informe Policial. Se trata de un documento público en donde obran las diligencias actuadas por el funcionario policial encargado de la averiguación y comprobación del hecho denunciado.
132. El Informe Policial es un documento que informa al Fiscal de la Investigación Preparatoria de todo material probatorio actuado indispensable para determinar la realidad del delito, la participación del investigado y del que se obtendrá todos aquellos hechos objetivos que deberán tener un correlato en las fuentes o elementos de prueba acopiados, y que de ser el caso serán objeto de cadena de custodia.
133. De este modo, la principal herramienta de la investigación lo constituye el Informe Policial, en razón a que la Policía Nacional es la que cuenta con el personal idóneo, preparado y capacitado en la investigación científica, así como cuenta con la infraestructura y la logística requerida para realizar la gran mayoría de actos de investigaciones que forman parte del Informe Policial y que se realizan con la participación del Ministerio Público.
134. Las fuentes o elementos probatorios se manifiestan en el curso de la Investigación a través de indicios; se trata de todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y, en general, todo hecho conocido o de conocimiento comprobado; susceptible de llevar, por vía del razonamiento, al conocimiento de un hecho desconocido.
135. De este modo, el indicio es una señal, indicación o dato fáctico objetivo, que se tiene como un hecho conocido, contrastado y aceptado en su existencia hacia otro desconocido. Son indicios las armas, los documentos, los instrumentos o cualquier otro medio utilizado para

perpetrar el delito, el dinero, bienes u otros efectos provenientes de la actividad delictiva, los elementos materiales recogidos en la escena del crimen o los obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video, etc.

136. El indicio tiene como característica esencial la de ser objetivo porque la información que proporciona es accesible a las partes y por lo tanto susceptible de contradicción; pero también se dice que es objetivo porque su credibilidad se sustenta en que la información proporcionada es corroborada con otro dato distinto del indicio.
137. Los indicios, en el delito de colusión, son los documentos en los que obren los actos de decisión (Actas de Directorio, Actas de apertura de sobres, etc.), pero también los informes técnicos, jurídicos e incluso los memorándum en tanto que de ellos se pueda extraer información relevante referida a los antecedentes del procedimiento que se investiga.
138. Pueden ser considerados como indicios los actos contrarios a la Ley y/o al Reglamento donde se defina los alcances del procedimiento administrativo, ello en razón que en el delito de colusión se actúa de modo distinto a los estándares normativos, es decir, se recurre a prácticas y usos que, si bien formalmente pueden estar justificados en la normatividad aplicable al caso en concreto, tienen en común algunas manifestaciones particulares que, vistas en conjunto, se manifiestan como una violación de los objetivos institucionales, en tanto generan externalidades negativas traducidas en un perjuicio concreto, pero además con su actuar se apartan de los principios de eficacia, equidad y ética, que son típicos de todas las disposiciones jurídicas relacionadas con el servicio público.
139. Asimismo, son indicios las declaraciones brindadas en el marco de las diligencias preliminares por los investigados por los estos actos de decisión, los testigos y terceros legitimados, ya sean previas o concurrentes en tanto se refieran al hecho, es decir, permitan definir las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los actos u omisiones de los cuales pueda razonadamente establecerse manifestaciones de la conducta que tiendan a encubrir el acto de decisión, ya sea mediante la presentación de circunstancias ambiguas, oscuras, o cuando menos de cierta complejidad o de difícil explicación o mediante actividades cuya finalidad sea la de encubrir o disimular su accionar en el curso de una estrategia o de un cálculo predefinido.

140. Debemos tener presente que, en conjunto, cada una de las circunstancias identificadas no constituyen *per se* una afirmación sobre la culpabilidad de los investigados, pues estos se encuentran amparados por el estatus jurídico de inocencia que mantendrán hasta que una sentencia firme determine lo contrario.
141. Esto no significa que los múltiples esfuerzos realizados por los aparatos de investigación no puedan ser utilizados válidamente para sustentar la acción penal, afirmamos que la imputación debe ser formulada respetando el derecho a la presunción de inocencia, así como el derecho de defensa.
142. Sintetizando lo consolidado hasta el momento, para establecer de modo indiciario la posibilidad de un acto colusorio deberá existir cuando menos dos agentes:
 - i. Un funcionario público competente para decidir sobre la contratación pública.
 - ii. Un particular que debe ser beneficiado directa o indirectamente con el acto de poder del funcionario público.
143. Deberá determinarse el conjunto de reglas establecidas en la Ley o en el reglamento en el que se establezcan los objetivos que el Estado o el organismo busca cumplir, debiendo diferenciarse las reglas particulares, de los objetivos evidentes.
144. Las reglas particulares establecen modos y formas de realizar el acto de poder con la máxima eficiencia, y con el menor riesgo de lesión del interés público, y que están establecidas en las normas que regulan el procedimiento administrativo. Los objetivos evidentes son las consecuencias mediatas de la decisión de funcionario público que pueden ser favorables o no para la institución.
145. De este modo se puede cumplir con los objetivos institucionales de modo coherente adquiriendo bienes y/o servicios a costos similares a los que rigen el mercado, incluso puede darse el caso de que la adquisición maximice el valor de lo invertido, pero a su vez darse la paradoja de que el acto jurídico afecte el interés público, en tanto que la decisión responda intereses particulares ajenos a los estándares normativos.
146. Así las cosas, para que exista colusión, el funcionario público debe emprender consciente y deliberadamente una planificada y acorda-

da con el beneficiario directo o indirecto, y por la que trasgrede las reglas éticas de protección del interés público de las que son consientes ambas partes.

147. En resumen podemos definir los acuerdos colusorios en relación de los roles institucionales, las reglas organizativas y legales, así como las reglas éticas específicas. En síntesis, los acuerdos colusorios se presentan como un conflicto entre las normas, los roles y los valores éticos.
148. Cumplido con establecer preliminarmente el hecho como delictuoso, el Fiscal de la Investigación Preparatoria que califique la denuncia, dispondrá la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria; para ello emitirá Disposición en la que determinará los alcances del hecho imputado, sus circunstancias, asimismo determinará los grados de imputación de cada uno de los partícipes.
149. La Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria será notificada a los investigados, al denunciante y al Juez de la Investigación Preparatoria. Los efectos de la formalización de la investigación establecidos en el artículo 399° del CPP son:
 - a. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.
 - b. El Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.
150. En el caso del agraviado, a partir de la notificación de la Disposición puede constituirse en actor civil, teniendo como límite la fase intermedia, antes de que se emita acusación. De igual modo, el Fiscal, de considerarlo pertinente, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria que se convoque a audiencia en la que oralizará su pedido para que se impongan medidas de coerción personal y/o real.
151. En supuesto que el Fiscal considere que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, ya sea porque el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley o que no existan elementos probatorios suficientes, emitirá Disposición en la que declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta Disposición se notificará al denunciante y al denunciado, conforme lo establece el artículo 334.1 del Código Procesal Penal.

152. Respecto de este tema debemos señalar que esta disposición debe entenderse como una declaración de no ha lugar a formular denuncia. Esto es sumamente importante, pues como señala el Tribunal Constitucional en el asunto CHAUCA TEMOCHE⁽⁶⁾:

"15. (...) es si las investigaciones preliminares fiscales que arriban a una resolución conclusiva de archivo, puede generar la aplicación de la garantía. Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Cfr. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC. FJ. 7. Caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo), que "una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos". No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de "no ha lugar a formular denuncia penal" por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal.

16. Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de "No ha lugar a formalizar denuncia penal" en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

⁶ Exp. N° 2725-2008-PHC/TC-Lima, 22 de setiembre de 2008.

17. Se trata, entonces, de una decisión discrecional que implica una valoración de hechos e interpretación de disposiciones en mérito de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo, pero sin soslayar que, los actos del Ministerio Público, no se legitiman, "desde la perspectiva constitucional, en sí misma, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución" (Cfr. Exp. N° 1762-2007-HC/TC. F.J. 11. Caso: Alejandro Toledo Manrique)".

153. Lo acotado significa que si existe un análisis de hechos en la que se realice un juicio de tipicidad o de imputación de la que se establezca la no delictuosidad de la conducta de uno o de varios de los investigados y esta no es recurrida o siendo recurrida se confirma el pronunciamiento, estamos ante un caso de cosa decidida; esto significa que si después aparecen otros elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito, no podrá ampliarse la investigación preparatoria o iniciarse una nueva investigación sobre los mismos hechos, lo que resulta concordante con el artículo 335°, numeral primero del CPP.
154. Caso distinto ocurre si la investigación se archiva por falta o déficit de elementos probatorios, en este caso el archivo deberá entenderse como un no haber mérito para formular denuncia penal. En estos casos, de existir nuevos elementos de convicción, se podrá reexaminar los actuados y proceder según corresponda. Esta posición encuentra amparo en el artículo 335°, numeral segundo del CPP.
155. En todos los casos, el denunciante que no estuviese conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, tiene expedito el recurso de Queja como mecanismo de impugnación del archivo de la denuncia.
156. En relación al plazo para impugnar, no existe pronunciamiento expreso en el ordenamiento procesal que rija este ámbito. Al respecto, la Primera Fiscalía Suprema Penal en la Carpeta Fiscal N° 604-2010-37-QUEJA considera que el plazo para impugnar debe ser de tres días, es decir el mismo plazo que se tiene para impugnar autos que no pongan fin al proceso.⁽⁷⁾

⁷ "Tercero.- Que el nuevo Código Procesal Penal no ha establecido de manera expresa el plazo para interponer la impugnación contra la disposición de archivo definitivo en sede fiscal, solo ha precisado el término en el cual debe ser elevada a la instancia superior

2. La formalización y continuación de la investigación preparatoria

157. Emitido el Informe Policial, con o sin diligencias de investigación complementarias o con actos de investigación realizados por el Fiscal de la Investigación Preparatoria en los que se determine provisionalmente los actos imputados, o sin estos en casos de flagrancia delictiva o confesión de imputado, se emitirá Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.
158. Se trata en sentido técnico de una pretensión en la que se define los contornos esenciales del delito, estableciéndose en forma definitiva los hechos que serán objeto de profundización de la investigación así como el delito que es objeto de imputación.
159. Debemos precisar que cuando afirmamos que basta para emitir Disposición de formalización de una imputación provisional, nos referimos a que el Fiscal requiere de un grado de convicción mínimo, entendido esto en términos de mera probabilidad de responsabilidad penal. Así, el ejercicio de la acción penal supone sostener una acusación criminal en la que se describa unos hechos con apariencia delictiva a una persona o personas determinadas.
160. Al respecto afirma DEL OLMO que "(...) basta la existencia de una mera posibilidad de responsabilidad penal, quedando reservada la probabilidad y la certeza al auto de procesamiento (acusación) y a la sentencia firme, respectivamente. La posibilidad significa la verosimilitud o credibilidad de la atribución de los hechos punibles a una persona determinada y supone el primer grado de fundamentación de la acción penal ejercitada contra una determinada persona. Asimismo, no cabe duda de que la imputación es un juicio provisional puesto que puede ser desvirtuada durante la fase instructora (en nuestro ámbito, investigación preparatoria o incluso la fase intermedia) por datos derivados de la investigación que conduzcan al convencimiento acerca de la inocencia del sujeto inicialmente imputado".⁽⁸⁾

(cinco días). Sin embargo se debe aplicar en forma extensiva las disposiciones que rigen la actividad recursal en el nuevo ordenamiento procesal, así tenemos que para interposición del recurso de apelación contra autos el plazo es de tres días (Ver artículo 414° inciso 1). Por tanto este plazo será el que se tome en consideración a los efectos de recurrir la disposición de archivo". Primera Fiscalía Suprema Penal en la Carpeta Fiscal N° 604-2010-37-QUEJA. Lima, 3 de marzo de 2011.

⁸ DEL OLMO, José Antonio. *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*. Editorial Trivum SA, Madrid, 1999, págs. 29, 30.

161. Concordante con lo acotado, debemos manifestar que la determinación del hecho calificado es definitiva en tanto y cuanto se fija el ámbito temporal, físico y material, es decir las circunstancias fácticas que son objeto de investigación.
162. Asimismo, la calificación jurídica tiene el carácter de provisional, es decir, puede variar en tanto no exista una alteración en el núcleo del bien jurídico tutelado; esto significa que su variación puede darse en cualquier etapa procesal, incluido en el curso del juicio oral.
163. En esta lógica, el Ministerio Público puede proponer la reducción respecto del marco fáctico propuesto como consecuencia de la actividad probatoria, puede proponer se incorporen circunstancias de atenuación o de agravación respecto de la participación criminal o respecto del grado de ejecución.
164. Recordemos que respecto de la calificación jurídica, se parte del interés jurídico que se pretende proteger; ese interés jurídico, aun cuando se cambie los tipos penales, permanece inalterable. Así, se puede cambiar el tipo penal, pero el límite es el bien jurídico, ello en razón que la construcción de los tipos tiene como núcleo de protección el bien jurídico. Si se cambia el bien jurídico se cambia la conducta y cambia su relevancia.
165. De este modo, se puede cambiar lo circundante, aquello que va permitir una lógica punitiva distinta, ejemplo el *quantum*, el grado de participación, etc.; pero la esencia que está descrita en el tipo penal eso no puede cambiar, tiene que haber esa identidad. Así, normativamente lo que interesa es que uno respete el acontecimiento descrito por la norma, pero ese acontecimiento será idéntico en tanto y en cuanto se corresponda con la descripción típica descrita en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.
166. Afirmamos así que es posible variar la atenuación, la agravación, el grado del hecho, la consumación o el título de participación, pues en nada modifican el núcleo esencial, que es el hecho procesal. Por tanto, el *factum* puede verse ampliado o reducido en tanto se mantenga el núcleo, si este se respeta entonces habrá correlación entre hecho y derecho, en caso contrario se incurre en una infracción a la correlación.
167. En síntesis, se puede variar las circunstancias que se presenten en la conducta, lo que no puede variar es el contenido central del in-

justo. Lo acotado implica que en tanto no existe una variación en el hecho procesal, se respeta el contenido esencial del derecho de defensa en juicio.

168. Por último, respecto de este apartado cabe precisar que la calificación jurídica debe ser informado al imputado a efectos de que pueda preparar su defensa, solicitar actos de investigación y/u ofrecer nuevos medios de prueba.

3. La acción civil

169. La acción civil en el proceso penal busca la restitución de la cosa⁽⁹⁾, la reparación por el daño causado o perjuicios materiales⁽¹⁰⁾, el resarcimiento del daño moral⁽¹¹⁾ y/o la indemnización de la responsabilidad civil.
170. Se trata de una pretensión restitutoria o resarcitoria acumulada a la pretensión punitiva que ejerce el Fiscal de la Investigación Preparatoria; busca la demostración del daño ocasionado o perjuicio derivado de la comisión del delito, así como la determinación de la persona o personas que deberán hacer frente a la satisfacción del perjuicio, para ello el actor civil puede requerir todas las medidas de coerción de naturaleza real que aseguren la futura reparación civil, para ello debe velar porque se realice una profunda investigación de los bienes de los imputados.
171. Así, la acción civil se ejerce a través de la constitución en parte civil por el agraviado, conforme lo establece el artículo 98° y siguientes del CPP, lo que permite ejercer una serie de derechos favorables a la

⁹ Se entiende por restitución de la cosa la acción de devolver a su legítimo dueño el bien u objeto que hubiera sido desposeído, se incluye en este concepto el resarcimiento por los posibles daños al bien que se presenten.

¹⁰ Los perjuicios materiales, se refieren a aquellas consecuencias generadas por el delito. Se dividen en dos: a) El daño emergente.- Se produce cuando el perjuicio consiste en la pérdida o disminución de las cosas o derechos del agraviado. Se trata así de la pérdida efectivamente sufrida; b) El lucro cesante.- Es el perjuicio que se ocasiona por la frustración de la renta o ganancia esperada

¹¹ Se entiende como daño moral a todos aquellos perjuicios sufridos, que sin afectar bienes o cosas materiales, son susceptibles de ser cuantificadas económicamente. Dentro de esta categoría tenemos el patrimonio espiritual, la buena reputación, el descrédito sufrido, el honor, la libertad y otros análogos.

acción pretensoria patrimonial civil en el proceso penal, de conformidad con el artículo 11° de la norma acotada.

172. Merece precisarse que en el concepto de actor civil podemos diferenciar al:

- i. **Sujeto pasivo de la acción.**- Que es la persona física o jurídica que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo. Se trata de la persona física o jurídica a quien se le perjudica económicamente en su esfera patrimonial como producto del delito.
- ii. **Sujeto pasivo del delito.**- Es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. (El ofendido), el sujeto pasivo no es objeto de afectación patrimonial, su participación en el proceso es producto de detentar de forma única o compartida la titularidad del bien jurídico.

En el caso de colusión, estamos ante delito que tiene un bien jurídico pluriofensivo, tal y como desarrollamos en el lugar referido al bien jurídico.

173. Lo acotado es importante cuando analizamos qué persona puede constituirse como actor civil en el delito de colusión, si partimos de afirmar que el agraviado solo puede ser una institución pública⁽¹²⁾ u organismo que recibe aportes parciales o totales del Estado o de alguna entidad pública, tenemos que es posible diferenciar entre el sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito.⁽¹³⁾

¹² La doctrina sobre derecho administrativo clasifica a los entes como públicos o privados. GORDILLO explica que las características para definir si un ente es público son: 1) que sea creado por ley, 2) que tenga un fin público y; 3) que sea controlado por el Estado. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, Séptima edición, Páginas XIV-8 a XIV-9, Ara Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003.

"Los entes públicos se clasifican en estatales o no estatales. Es por ello, que una entidad pública no necesariamente es estatal; existen casos en los que un ente público puede no ser estatal al no pertenecer orgánicamente al Estado, ni entregar la administración pública, aun cuando ejerzan función administrativa. Tienen una personalidad jurídica propia reconocida o concedida por el Estado y son reguladas por el derecho público". DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*, Tomo 1, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1983, pág. 48.

¹³ Merece precisarse que lo importante para establecer si una institución es pública o no, radica en establecer si el patrimonio del organismo afectado constituye recursos públicos y para ello debemos observar si el Estado ejerce directa o indirectamente alguno de los atributos de propiedad (endeudamiento público).

174. Generalmente, el sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito coinciden ambos en una misma persona; sin embargo hay casos en los que la titularidad de los derechos inherentes al actor civil recaen en más de una persona jurídica; esos casos se dan cuando existe más un bien jurídico protegido, lo permite que la titularidad del actor civil sea compartida entre el directamente afectado por el delito y el Procurador que representa los intereses generales del Estado.
175. Esto es lo que sucede en el delito de colusión en donde existe la entidad directamente perjudicada en su patrimonio por los actos de corrupción de los procesados involucrados y el Estado que a través de la Procuraduría Pública busca la sanción por los actos de deslealtad funcional.
176. De este modo, el delito de colusión permite la intervención del sujeto pasivo de la acción y del sujeto pasivo del delito a título de actor civil; y esto supone una situación autónoma respecto de cada uno de los agraviados constituidos en actores civiles y que tienen respecto de la acción penal pretensiones concurrentes, por lo que su intervención conjunta coadyuva a la acreditación de sus intereses mutuos, no opuestos ni excluyentes, sino concurrentes en cuanto buscan la acreditación del delito y el resarcimiento del daño causado.
177. Ahora bien, constituido el agraviado en actor civil, tiene derecho a conocer de todos los actos procesales o actuaciones de investigación, sean estos anteriores y/o nuevos, así como las actuaciones probatorias que se soliciten o se ordenen de oficio, pudiendo intervenir en su práctica, en tanto sean concordantes con la determinación y aseguramiento de la responsabilidad penal, pudiendo intervenir utilizando todas las herramientas que el CPP prevé a las partes para acreditar los extremos en los que se basa su pretensión civil.
178. Dicho esto, "solo tiene legitimidad para cuestionar la decisión penal cuando ella afecte la respuesta al ejercicio de su pretensión ci-

El más representativo de los atributos de propiedad es el del control de los actos de la administración, esto lo hace el Estado a través del nombramiento de representantes ante el organismo, ya sea para que formen parte del Consejo Directivo, de una Comisión o en la elección de Gerentes de línea, es decir, el Estado ejerce actos de control a través del nombramiento de personas con capacidad de decisión.

Asimismo el Estado controla el adecuado manejo de los fondos de la institución a través de la Contraloría General de la República, las Superintendencias, entre otras instituciones de control público.

vil incorporada al proceso penal (v. gr. supuesto de inexistencia del hecho)".⁽¹⁴⁾ En este razonamiento, los artículos 105°, 388.1°, 388.2° del CPP establecen los marcos por los cuales se desenvuelve el actor civil.

179. Debemos señalar que la renuncia o la reserva de la acción civil por parte del perjudicado no puede interpretarse en modo alguno como una renuncia tácita a su condición de perjudicado, por tanto, su no constitución no lo priva en absoluto del derecho que tiene al resarcimiento por los perjuicios causados, el cual será afirmado y sustentado por el Ministerio Público, salvo renuncia o reserva expresa, en cuyo caso el agraviado pierde el derecho de constituirse en actor civil. Idéntico efecto tendrá la extinción de la obligación reparatoria, reparatoria o indemnizatoria.
180. En caso de inacción del perjudicado para solicitar su constitución en actor civil, tal conducta no faculta al órgano jurisdiccional a acordar de oficio la constitución en actor civil, una conducta de este tipo supondría una incongruencia omisiva *infra petitum* o por defecto.
181. Asimismo, debe señalarse que el agraviado no constituido en actor civil tiene una serie de derechos establecidos en el artículo 94° del Código Procesal Penal y que son concurrentes, pero limitados, a su posible constitución en actor civil.⁽¹⁵⁾

¹⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. ARA Editores, Lima, 2010, pág. 68.

¹⁵ "Cuarto: Que, en efecto, como ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado solo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que solo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría —como se hizo— el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil". Precedente

182. Respecto a la oportunidad para constituirse en actor civil, esto se puede hacer desde el momento en que es notificado con la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, teniendo como límite temporal para solicitar su incorporación como actor civil hasta antes que culmine la investigación preparatoria, conforme lo señala el artículo 101° del Código Procesal Penal.
183. Por último merece precisarse que la constitución en actor civil exime al Ministerio Público respecto a la pretensión del pago de la reparación civil, será el actor civil quien tenga que definir y justificar dicha pretensión.

4. Las actuaciones probatorias en la investigación preparatoria

184. El Fiscal de la Investigación Preparatoria no puede repetir las diligencias preliminares una vez formalizada la investigación preparatoria, es decir, no deberá volver a actuar los elementos probatorios ya obtenidos o practicar los actos urgentes e inaplazables ya realizados.
185. La excepción a estos actos de investigación están establecidas en el artículo 337°, numeral segundo del CPP cuando señala que: son los supuestos de ampliación de diligencias indispensables, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba complementarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.
186. Las diligencias indispensables son todas aquellas actuaciones probatorias o actos procesales que tienen por finalidad determinar la posible comisión del hecho delictivo; la idoneidad de las diligencias estará en relación a la aptitud probatoria para individualizar cada uno de los elementos del tipo penal.
187. Cuando la norma habla de grave defecto en la actuación de las diligencias indispensables se está refiriendo a todas aquellas actuaciones que revisten credibilidad respecto al acto colusorio, pero también de todos aquellos elementos de los que se pueda determinar la participación del sujeto pasivo de la imputación.

vinculante Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente R.N. N° 1538-2005. Lima, 20 de junio de 2005.

188. Cuando el articulado se refiere a un defecto, nos está indicado dos posibles situaciones, la primera la carencia de algún elemento fundamental que permita entender la actuación probatoria en toda su extensión, la segunda, se refiere a una situación en la que es inobservada alguna de las normas procesales aplicables al acto procesal que pueden generar la nulidad de las actuaciones. ⁽¹⁶⁾
189. En el primer caso, la actuación probatoria tiene un déficit en su constitución, como producto de la ruptura de la secuencia necesaria de la actividad procesal; esta secuencia puede ser complementada o subsanada con posterioridad con un acto procesal que la convalide.
190. En el segundo caso, la actuación probatoria adolece de un vicio procesal que afecta un concreto bien jurídicamente protegido, sea de naturaleza constitucional o procesal, que tenga idoneidad para alterar la finalidad del proceso, ya sea por un defectuoso cumplimiento de presupuestos de carácter material⁽¹⁷⁾ o sustancial que condicionan su validez⁽¹⁸⁾, y no puede ser utilizado, correspondiendo en consecuencia volver a realizar la actuación probatoria en salvaguarda del desarrollo del proceso penal.
191. En esta lógica, el vicio procesal en la actividad probatoria tiene por efecto la nulidad del acto procesal, ello elimina toda posible eficacia

¹⁶ "(...) el acto procesal se presenta normalmente como un hecho, esto es, en forma objetiva, pero también puede consistir en una omisión y en consecuencia más exacto sería decir, que el acto procesal es todo acontecimiento que de cualquier manera influye en la relación procesal". FERMÍN GARROTE, Ángel. "Los actos jurídicos procesales". En *Estudios de nulidades procesales*. VVAA. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1980, pág. 35.

¹⁷ Los actos procesales requieren de la observancia de las formas sustanciales o formas fundamentales relativas a la acusación, derecho a la prueba, entre otros vinculados o conexos a la defensa en juicio que son inherentes a un Estado de Derecho.

¹⁸ Respecto del vicio, "es necesario revisar dos cosas:

1. Si el vicio está contemplado en la ley como para producir el efecto anulatorio, o aun tratándose de un vicio que no esté contemplado en la ley, el mismo resulte manifiesto, de manera que aparezca como que impide continuar el proceso o ataca la validez de un acto porque el mismo no permite ligar la finalidad del sistema.
2. Si el vicio tiene la entidad como para producir el efecto anulatorio. Esto es, si la irregularidad afecta la finalidad del acto o produce indefensión (lo que significa la existencia de un interés jurídico) y no existe culpabilidad en el peticionante.
3. La inobservancia de estos requisitos pueden convalidarse si el acto se encuentra consentido, o el vicio no impide que el acto cumpla su finalidad o que el proceso continúe adecuadamente (es decir sin violar el derecho de defensa) (...)" FALCÓN, Enrique M. "El sistema y las nulidades". En: *Revista de Derecho Procesal 2007-1 Nulidades*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pág. 16.

jurídica al acto procesal. En tal sentido, "el desajuste del acto con el tipo debe impedir que logre la finalidad a la que estaba destinado. En todo caso, el defecto del acto es el que tiene que impedir que el mismo logre su finalidad".⁽¹⁹⁾

192. Cuando hablamos de las condiciones de validez, nos referimos a las formas procesales⁽²⁰⁾, las cuales no constituyen la esencia del proceso penal, sino un medio para su efectivización y en consecuencia de la materialización de la justicia con observancia de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico predica a favor de todos los ciudadanos.
193. El tercer supuesto para complementar las actuaciones probatorias es como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción. Por elementos de convicción entendemos a toda aquella actividad probatoria que posibilite de forma racional identificar la participación de los investigados en el delito de colusión que no haya estado dispuesta o no haya sido percibida en el curso de las diligencias preliminares.

¹⁹ CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad, inadmisibilidad, inexistencia*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1995, pág. 22.

²⁰ "Las formalidades de los actos son la estructura, el modo, el tiempo y el lugar en deben ser cumplidos, establecidos por la norma procesal como requisitos de validez. Estas exigencias formales tienen como función asegurar la exteriorización clara e indubitable del contenido del acto, como una forma de garantizar la inviolabilidad de la defensa en juicio. La *estructura* es el esquema establecido en la norma, esto es, las enunciaciones imprescindibles que debe contener (nombre y domicilio del demandante, texto de la resolución que se notifica, vistos, considerandos y decisión en la sentencia, etc.) El *modo* es la forma en que se ha de cumplir el acto (en audiencia o mediante traslados o vistas, oralmente o por escrito, la apelación es concedida en relación o libremente, etc.) El *tiempo* hace referencia a los plazos previstos para el cumplimiento válido del acto (diez días para contestar la demanda, tres días de anticipación para notificar una audiencia, etc.) Estos plazos pueden ser iniciales (el acto recién puede ser cumplido una vez vencido el plazo) o finales (el acto debe ser cumplido antes del vencimiento del plazo), prorrogables o improrrogables (según pueda o no concederse una ampliación del tiempo originalmente establecido), perentorios o no perentorios (según vengzan por el mero transcurso del tiempo o sea necesaria la solicitud de parte), fatales o no fatales (según el vencimiento tenga como efecto automático la decadencia del derecho o facultad, o que ese efecto deba ser peticionado). El *lugar* hace referencia al espacio físico donde se ha de cumplir el acto (la sede del tribunal, el domicilio—real o constituido—de la parte, donde se encuentren los bienes, etc.) Además, al ser el proceso una serie concatenada de actos, cada acto ocupa un lugar dentro de ella, que es inmodificable (contestación de la demanda después de esta, notificación del día y hora de audiencia antes de ella, etc.)". ZINNY, Jorge Horacio. "El Concepto de Debido Proceso". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2008, pág. 10. http://www.egacal.com/upload/2008_ZinnyJorge.pdf

194. Así, el surgimiento de información idónea que permita descubrir un hecho oculto o no expuesto, o que permita la obtención de una conclusión sobre una circunstancia concreta a partir de un nuevo elemento probatorio, exige a efectos de cautelar el derecho de defensa que se informe al imputado, a efectos de que pueda realizar el descargo correspondiente, si lo considera necesario.
195. De este modo, el artículo 337° numeral tercero del Código Procesal Penal permite que el Fiscal de la Investigación Preparatoria pueda:
- i. Disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas y los peritos están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva.
 - ii. Exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias del caso.
196. Recordemos que las actuaciones de investigación constituyen elementos y medios de prueba complementarias a la información recogida en las diligencias preliminares, en tanto contribuyen a determinar la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión.
197. Los elementos y medios de prueba se pueden catalogar de la siguiente manera:
- a) **Declaración testimonial del denunciante o agraviado.-** Se trata de un acto de parte que tiene por finalidad poner en conocimiento de la autoridad funcional, presuntos actos delictivos. La declaración del agraviado, debe considerarse como una mera denuncia; para atribuirle valor probatorio se requiere que cumpla determinados presupuestos formales.⁽²¹⁾
- Así la declaración del denunciante tiene que ser ratificada en el acto del juicio, requiere ser corroborada, ya sea por otras decla-

²¹ "(...) si bien es cierto las manifestaciones de los agraviados no han contado con el concurso del Fiscal, incluso en una de ellas ni siquiera firma el Instructor (...) a estos efectos es de considerarlas como mera denuncia (...)". SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante*. Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 819.

raciones testimoniales o cualquier otro medio de prueba; asimismo requiere mantener coherencia con lo dicho en su declaración ante la policía y/o ante la fiscalía.

Al respecto, el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia N° 2-2005/CJ-116 ha establecido una serie de criterios o presupuestos que son necesarios cumplir para otorgar valor probatorio a la declaración del agraviado, estos son:

- i. Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de móvil de resentimiento o enemistad, por lo que planteado tal supuesto es necesario acudir a testimonios de terceros o a datos objetivos que complementen lo declarado por el denunciante.
- ii. Verosimilitud, toda vez que la declaración debe estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- iii. Persistencia en la incriminación prolongada en el tiempo, sin contradicciones ni ambigüedades. La Corte Suprema de Justicia respecto de este presupuesto señala que "tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende; virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías serían las siguientes:
- iv. Ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, que no existan relaciones entre agraviados e imputados basados en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende nieguen la aptitud para generar certeza.
- v. Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

- vi. Persistencia en la incriminación, con las matizaciones señaladas en el literal c) de párrafo anterior".⁽²²⁾

El literal precitado hace referencia a los elementos que deben de observarse: la coherencia y solidez del relato de la víctima.

Debemos precisar que el cambio en el relato de la víctima no necesariamente inhabilita su declaración para su apreciación judicial, en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo son las que se hallan sometidas a debate y análisis, por ende el juzgador puede optar por aquellas que considere adecuadas motivando naturalmente por qué le asigna el valor que refiere.

Por último, en los casos de declaraciones testimoniales, lo que se trata de evaluar es la credibilidad y no simplemente de extraer consecuencias de las mismas en los casos en que su veracidad no es discutida; es necesario que la declaración sea reiterada en juicio oral para permitir que sea sujeta de inmediación y de contradicción.⁽²³⁾

En el caso del delito de Colusión, la declaración del representante de la entidad agraviada suele servir de apoyo al Fiscal de la Investigación Preparatoria en tanto se perciban como creíbles, para ello deben tratarse de afirmaciones fácticas que identifiquen indicios racionales de criminalidad que tengan la capacidad de determinar la probable responsabilidad de los imputados.

El Acuerdo Plenario encuentra utilidad en este ámbito en tanto, que sirve al Fiscal de la Investigación Preparatoria como herra-

²² Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia N° 2-2005/CJ-116, Lima, 30 de septiembre del 2005. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Ob. cit., pág. 89.

²³ Para el Tribunal Constitucional Español "en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado modifique o se retracte de anteriores manifestaciones se le debe requerir que explique la diferencia o contradicción, siendo este interrogatorio posterior a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia; de manera que, si se cumplen las exigencias indicadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo las alegaciones que considere oportunas". STC N° 189/1998, Madrid, 28 de septiembre de 1998, FJ. 3.

mienta que le permite determinar, si la posición del representante del agraviado es neutral o si sus argumentos son parcializados.

- b) **Declaraciones testimoniales o entrevistas.**- Un elemento importante de investigación, lo constituye la declaración de las personas denominadas testigos.

El testimonio es emitido de modo directo por un tercero, es decir, se trata de una persona que tiene como condición esencial la ajenidad al proceso, por lo que se trata de una persona distinta de las partes y sus representantes que tiene la capacidad de facilitar información que ayude a esclarecer los hechos denunciados.

En el delito de colusión pueden ser testigos aquellos funcionarios que sin ser parte del órgano de decisión, tuvieron un conocimiento directo sobre algún ámbito de la contratación pública.

Asimismo, pueden ser testigos aquellos funcionarios pertenecientes al órgano que decide la contratación pública u otros que dentro de sus funciones esté la de realizar algún acto vinculado a la materialización de la decisión para la contratación pública, que al momento del acto de decisión no suscribieron el documento que los comprometía en la contratación.

El marco de la declaración se circunscribe a datos o hechos concretos, en tanto sean controvertidos o que sean trascendentales para esclarecer los hechos imputados (antecedentes, concomitantes y posteriores en cuanto sean idóneos para esclarecer determinados hechos), por lo que solo se admite aquella declaración que tenga trascendencia procesal como para proporcionar información jurídicamente relevante.

El aporte del conocimiento del testigo es personal, pues tiene que transmitir percepciones sensoriales captados en el pasado por cualquier sentido o captado a través del relato de otro (transmitida por una persona que presenció los hechos), en tanto tenga relación con los hechos controvertidos. Así, lo que se valora es el conocimiento obtenido con anterioridad a la investigación o al proceso.

La declaración brindada por este tercero, para ser jurídicamente relevante, requiere que además de llevarse a cabo en el curso de una investigación preliminar o una investigación preparatoria, deba ser reiterado en juicio oral para que sea valorada por el

órgano sentenciador con inmediación y contradicción, salvo los casos de anticipación probatoria.

Cabe precisar que el testimonio debe cumplir los siguientes presupuestos:

- 1) Elementos subjetivos.- Se refiere a la persona o personas físicas, que pueden declarar sobre lo que han visto u oído. La utilidad del testigo se basa en su aptitud para obtener percepciones sensoriales.
- 2) Elementos objetivos.- La declaración se refiere a hechos conocidos por el tercero. Sobre hechos discutidos o controvertidos relativos a lo que es objeto de imputación. Los hechos conocidos requieren un conocimiento previo al proceso, sin exigir conocimiento directo, admitiéndose el conocimiento indirecto o referencial.

En síntesis, los elementos objetivos requieren que: i) verse hechos, no sobre elementos normativos; ii) que los hechos sean conocidos por el testigo; iii) que sean hechos controvertidos.

- 3) Elementos formales.- La declaración testimonial debe ser solicitada por algunas de las partes, asimismo la declaración debe ser presentada en el curso del proceso y reiterada en el juicio oral.

En resumen, los elementos formales requieren que la declaración del testigo sea brindada: i) oralmente; ii) debe tener un sentido afirmativo; iii) debe ser claro; iii) debe ser preciso.

- c) **Declaración del investigado o imputado.-** Propia de la función de investigación es la declaración del investigado a efectos de que se pronuncie, si así lo desea, sobre la imputación formulada en su contra.

Se trata de un instrumento que es utilizado en cualquier momento de la investigación para obtener información inmediata a través de preguntas técnicas que pueden ser planificadas o no.

Se debe entender que la preventiva del agraviado, "la declaración de un testigo o la del denunciante, por sí solas, no son apreciadas como concluyentes de la comisión del delito y la responsabilidad del procesado; por lo que se requieren, además, de la

actuación de otros medios de prueba que demuestren la verdad de los hechos²⁴; además, las versiones inicialmente prestadas ante autoridad policial o fiscal deben ser reafirmadas en sede judicial a efectos de materializarse las garantías de contradicción, publicidad e inmediación.

En el caso del denunciado, es su derecho el contestar o no a las imputaciones formuladas en su contra, este derecho se extiende de modo que pueda presentar todo aquel bagaje probatorio que ayude a sustentar sus afirmaciones o a contradecir las brindadas por el denunciante.

Debemos precisar que previo al interrogatorio se requiere que se le informe sobre sus derechos, las preguntas que se formulen deben hacerse en el idioma materno, en todos los casos se requiere la asistencia letrada, sea que se trate de abogado de elección o de oficio.

De investigarse a un extranjero que no comprenda el idioma se requiere además la presencia de un intérprete.

Podemos afirmar así que las declaraciones del investigado son un medio de defensa, en la medida en que lo determine (voluntad), con la extensión que lo considere (no incriminación y derecho al silencio), y cuando lo considere conveniente, (etapa pertinente), ello en razón de que no es un medio de prueba, sino un medio de defensa.

En el delito de Colusión la declaración del imputado, si bien es un medio de defensa, no podemos pasar por alto que también es un indicador sobre la idoneidad o no de la conducta del funcionario público en el desempeño sus funciones en el curso de la contratación pública. Para ello es importante identificar si su accionar se sujeto al marco normativo o si se excedió en el ejercicio de sus funciones.

En concordancia con lo afirmado es posible obtener algunos elementos que puedan ser útiles para la investigación, particularmente merece atención aquellos datos contradictorios, o la falta de explicación sobre el incumplimiento de acto procedimental, la omisión en realizar un determinado acto exigido en alguna nor-

²⁴ R. N. Exp. N° 5679-96- Puno. Lima, 25 de agosto de 1999.

ma de carácter administrativo, entre otros supuestos que pueden presentarse en cada caso en concreto.

- d) **Declaraciones de los coimputados.**- La declaración del procesado- testigo, denominado también coimputado, es un elemento de prueba que sirve como medio para obtener la prueba de la imputación o para reforzar el estatus jurídico de inocencia del coprocesado delatado.⁽²⁵⁾

Este tipo de declaración apunta a confirmar la credibilidad o fiabilidad de un elemento de prueba ya existente. "La declaración de un coimputado en calidad de testigo es perfectamente factible en todos aquellos casos en que, en aplicación del criterio de alteridad, aquel sujeto, o bien no posee la calidad de imputado en el proceso que se sigue contra el sujeto acreedor de las declaraciones, o bien aun cuando haya adquirido tal estatus, siendo los sujetos juzgados en un mismo procedimiento, lo haya perdido con posterioridad".⁽²⁶⁾

Del párrafo precedente se desprende que la declaración de un coimputado, en estricto sentido, es un medio de prueba testimonial en aquellos casos en que los que esta persona declare sobre la participación de sus otros coprocesados, en tanto lo realice en un procedimiento separado con independencia de su situación procesal; tal supuesto puede presentarse en los casos de conclusión anticipada de proceso, conformidad procesal, colaboración eficaz e incluso en etapas preprocesales en aquellos casos en los que se pueda aplicar el principio de oportunidad; caso contra-

²⁵ "a) La declaración inculpatória del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir mínimamente corroborada por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, por cuanto al acusado le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (art. 24.2 CE), de modo que sus manifestaciones, cuando son la única prueba, no alcanzan la suficiente entidad para desvirtuar aquella presunción (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ. 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ. 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ. 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ. 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ. 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ. 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ. 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ. 6); esto es, como se dijo en la STC N.º 115/1998, de 1 de junio, FJ. 5, antes de ese mínimo de corroboración no existe base probatoria bastante desde la perspectiva constitucional que delimita la presunción de inocencia (vid. también las SSTC N.º 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2, y 17/2004, de 23 de febrero, FJ. 3)". STC N.º 198/2006, Madrid, 3 de julio de 2006. FJ. 12.

²⁶ DÍAZ PITA, María Paula. *El coimputado*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 400.

rio, la declaración del coimputado en el proceso donde concurren los demás coimputados, ya sea que implique a sus coprocesados en la comisión de hechos delictivos o los exculpe, se hará a título de imputado.

La declaración de un coimputado por sí sola no puede ser considerada como prueba constitucional y jurídicamente válida para enervar la garantía de la inocencia, por lo que carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando no resultan mínimamente apoyadas o avaladas con otros elementos de prueba.⁽²⁷⁾

De este modo, "las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido (...), que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible 'corroboración mínima', más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso".⁽²⁸⁾

Antes de este mínimo⁽²⁹⁾, no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia sólida o consistente, por lo que care-

²⁷ "Nuestra consolidada doctrina jurisprudencial al respecto (expuesta y resumida recientemente en las SSTC N° 34/2006, de 13 de febrero, y 198/2006, de 3 de julio, y aplicada, entre otras, en las SSTC 97/2006, de 27 de marzo; 160/2006, de 22 de mayo; y 170/2006, de 5 de junio), entiende que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa a la misma. De este modo, ante la omisión de ese mínimo de corroboración no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que define la presunción de inocencia consagrada en el Art. 24.2 CE". STC N° 277/2006, Madrid, 25 de septiembre de 2006. FJ. 9.

²⁸ STC N° 181/2002, Madrid, 14 de octubre de 2002. FJ. 3.

²⁹ Desde la perspectiva de la regla de prueba, se ampara el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas; lo que implica la presencia de una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del tipo

cería objetivamente de virtualidad alguna para ser valorado como elemento externo de corroboración, desde la perspectiva constitucional que demarca este principio.⁽³⁰⁾

El término corroboración ha sido definido por el Tribunal Constitucional español, en el sentido que "corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que pueda servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente".⁽³¹⁾

Esta exigencia de corroboración responde a que la declaración del coimputado es una prueba "sospechosa"⁽³²⁾ cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable (derecho a la no incriminación).

Este derecho se encuentra reconocido e integrado a nuestra Constitución por la normatividad supranacional, y que representa garantía constitucional instrumental del más amplio derecho de defensa, por lo que se ha de analizar su credibilidad, descartándose así que obedezca a deseo de venganza, revancha, odio o exculpación, ya que la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado pueda vulnerar directamente algún derecho fundamental.⁽³³⁾

delictivo y que de la misma puedan inferirse razonablemente los hechos y la participación del acusado.

³⁰ "Antes de ese mínimo [de corroboración] no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia". STC N° 115/1998, Madrid, 1 de junio 1998. FJ. 11.

³¹ STC N° 334/2003, Madrid, 23 de junio de 2003. FJ. 6.

³² SSTC N° 68/2001, Madrid, 17 de marzo de 2001, FJ. 5.

³³ Para el Tribunal Constitucional español "esta exigencia de corroboración responde a que la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" (STC N° 68/2001, de 17 de marzo, FJ. 5.) cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida en que "el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC N° 129/1996; en sentido similar, STC N° 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confe-

Nuestra jurisprudencia⁽³⁴⁾ ha sido meridianamente clara sobre el tema de los coimputados⁽³⁵⁾, hasta el grado de establecer con carácter vinculante que cuando se trate de declaraciones de coimputados, las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

- i. Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias, se deban a venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo; incluso judiciales, que por su entidad están en condición de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá el cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea exculpatoria de la propia responsabilidad.
- ii. Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aun de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
- iii. Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del coimputado; y de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admite matizaciones, la persistencia de sus afir-

sarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (STC N° 29/1995)" (SSTC N° 68/2001, de 17 de marzo, FJ. 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ. 3, y 312/2005, de 12 de diciembre, FJ. 1)". STC N° 170/2006, Madrid, 5 de junio de 2006, FJ. 7.

³⁴ "La incriminación del acusado basado en la sola sindicación de su coacusado, para constituir un medio racional de prueba debe valorarse en el contexto de un conjunto de factores tales como: a) la personalidad del delator y las relaciones precedentes con el designado como partícipe; b) un examen riguroso de la posible existencia de móviles turbios e incon-fesables; y c) que no pueda deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de exculpación". R. N. Exp. N° 2695-1999-Cajamarca. Lima, 8 de septiembre de 1999.

³⁵ "En aquellos supuestos en que la única prueba se encuentra constituida por la sola declaración del propio agraviado o de un testigo, las que en principio pueden considerarse hábiles para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, dado el marco de clandestinidad en que la mayoría de delitos se producen, se deben observar los siguientes requisitos: a) la verosimilitud de la declaración, b) la persistencia de la incriminación, es decir prolongadas en el tiempo, sin ambigüedad ni contradicciones". R. N. Exp. N° 4480-2000. Lima, 20 de octubre de 2000.

maciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones puede optar por la que considere adecuada".⁽³⁶⁾

La declaración brindada por los coimputados pueden constituir criterios de verificación sobre las cuales se puede construir la base de una imputación material, para ello resulta útil identificar elementos de contradicción, merecen atención las afirmaciones disimiles o inexactas respecto del procedimiento empleado, el ámbito de las responsabilidades asumidas, los vínculos que puedan descubrirse con terceros interesados en la contratación pública, etc.

e) **Informantes o confidentes.**- Se trata de fuentes de información que sirven para confirmar a través de actos de comprobación o verificación, la existencia real del hecho delictivo en forma parcial o total. Los informantes o confidentes son catalogados de dos formas:

1) **Los confidentes anónimos.**- Son personas que suministran información relevante a favor de la investigación y cuya declaración es utilizada para orientar la investigación policial.

Los testimonios brindados en el marco del anonimato o clandestinidad, son ineficaces por sí mismos para sustentar la formalización de una denuncia, tampoco son aceptados como medios de pruebas de cargo o de incriminación, pues para ello se requeriría que el confidente acepte declarar en el curso de la investigación y del juicio oral, situación que crea indefensión en el imputado, en tanto que no exista identificación plena de quien sostiene el testimonio en su contra, imposibilitando el ejercicio del derecho a la contradicción.

En síntesis, la figura del confidente anónimo queda reducido tan solo al ámbito de las diligencias policiales, resultando ineficaces para incoar la acción penal.

2) **Los confidentes no anónimos.**- Son personas cuya identidad es conocida por el órgano de investigación y que puede

³⁶ Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia N° 2-2005/CJ-116. Lima, 30 de septiembre de 2005. En SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante*. Op. cit., pág. 89.

inicialmente ser mantenido en reserva por razones de protección al delator.

Los cuestionamientos respecto de la legitimación de su declaración, desaparecerán cuando la identidad del declarante sea hecho de conocimiento, pudiendo las partes solicitar los actos de contradicción y de defensa que consideren pertinentes.

El conocimiento que el informante detenta suele ser producto de su vinculación con los partícipes del delito investigado; en muchos casos el confidente es un partícipe más que busca a cambio de su colaboración un tratamiento procesal diferenciado.

Los confidentes no anónimos por excelencia son los colaboradores eficaces. Se trata en estricto de delatores que forman parte de la organización o están vinculadas a ella, y que tienen la capacidad de facilitar información relevante respecto a las modalidades y circunstancias en las que se llevaron a cabo los actos de concertación.

El artículo 473.1 literal c) del CPP incluye como personas que pueden acogerse a los beneficios de colaboración eficaz a aquellos que son partícipes en actos de corrupción de funcionarios.

En el caso del delito de colusión, los colaboradores eficaces son por lo general ex funcionarios que han sido partícipes en los actos colusorios; se incluyen en esta categoría a aquellas personas vinculadas al beneficiario, que estén en condiciones de proporcionar información valiosa para acreditar alguno de los hechos imputados.

- f) **Los documentos.** - El documento es una fuente de prueba que se materializa a través de cualquier soporte que tenga la capacidad para almacenar información; el soporte que lo contiene se denomina medio de prueba documental.

El documento se puede materializar en papel, CD, DVD, etc., es decir cualquier medio en el que se incorpore datos, hechos o circunstancias que puedan ser transmitidos, que tengan eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, ya sea a través de la escritura, pero también a través de otros medios

distintos del soporte en papel (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos, etc.)

Los documentos pueden ser de varias clases. Tradicionalmente han sido clasificados en atención a la persona de su autor, dividiéndose así en públicos y privados. Desde la perspectiva de nuestro trabajo acentuaremos el desarrollo del documento público.

Respecto de los documentos públicos estos tienen como característica haber sido otorgados por funcionario público en el ejercicio de su cargo, gozan de autenticidad respecto de las actuaciones documentadas.

Al respecto, PELOSI señala que "el documento merece la fe que goce su autor; una de las fuentes principales, por no decir la primera, de la autoridad del documento, es la autoridad de quien lo forma; al menos mientras la técnica no dé representación que excluya el peligro de falsedad, se puede fiar uno de quien lo ha hecho. (...) La distinción entre el documento público y el privado, que se funda no tanto en la cualidad cuanto en la posición del documentador respecto al documento mismo; solo cuando el documento está formado en el ejercicio de una actividad pública pertenece a la categoría de documentos públicos".⁽³⁷⁾

Asimismo, cuando señalamos que el documento debe haber sido otorgado en ejercicio del cargo nos referimos a "que el acto o hecho que se representa en el documento ocurra dentro del ámbito de competencia del funcionario; que el acto o hecho representado sea parte de su rol funcional, es decir tenga competencia por razón de materia, de los sujetos y del territorio".⁽³⁸⁾

La doctrina asigna al documento público la presunción de autenticidad que es oponible a terceros, en tanto no se demuestre lo contrario, siendo su eficacia probatoria *erga omnes*. En similar sentido, la Ley de Procedimientos Administrativos en general establece en el acápite 1.7 del Título Preliminar que "en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la

³⁷ PELOSI, A, Carlos. *El Documento Notarial*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 99.

³⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *La prueba documental*. Editorial Señal. Medellín, 1997, 5ª Edición, primera reimpresión, pág. 46.

forma prescrita por la Ley, responden a la verdad de los hechos que se afirman. Esta presunción no admite prueba en contrario”.

En el marco de los delitos contra la Administración Pública, el documento es un instrumento esencial, en el que se plasma la voluntad del funcionario público que representa a la entidad licitante, pero también los actos generados por el *extraneus*.

En el caso del delito de colusión, el examen de los elementos probatorios se relaciona con la evaluación de los postores de un proceso de selección, desde dos perspectivas:

En el caso del postor, nos interesa la presentación de constancias, certificados, fichas registrales, entre otros documentos similares que permitan conocer las calificaciones del postor, ya sea que hablemos de la calidad del producto o de la eficiencia del servicio que ofrece, como en su experiencia plasmada, esta última en los proyectos, propuestas en las que ofrece sus servicios.

Es importante observar los proyectos y/o propuestas técnicas y económicas presentadas por los postores, a efectos de determinar si su contenido resulta suficiente y/o eficiente como para tenerlo por completo.

Este examen se debe realizar desde la perspectiva de las bases y de los reglamentos que regulan el organismo público, así como desde la perspectiva de la Ley de Procedimiento Administrativo General y desde la Ley de Contrataciones del Estado, en los casos que sea aplicable, al configurarse este ordenamiento jurídico en su conjunto como las reglas bajo las cuales las autoridades administrativas califican y evalúan objetivamente las propuestas presentadas.

Así, si el documento presentado no resulta idóneo para cumplir con el parámetro establecido en las bases, ya sea por tener un carácter excesivo o porque su contenido resulta incompleto, estamos ante una causal de invalidez del documento.

Debemos hacer notar que el hecho que un postor presente una determinada documentación, no implica que estemos ante un documento veraz; por tanto, ni el documento ni la declaración jurada brindada ante la entidad licitante, implican la inmediata aceptación en términos de certeza del contenido de expresado en el documento presentado.

Un método para identificar posibles actos colusorios, es identificar si las reglas del proceso de selección no son aplicadas e interpretadas de la misma manera para todos los postores y de las cuales puede generarse una ventaja o beneficio a favor de alguno de los postores.

También es importante analizar toda aquella comunicación que no utilizó las formas oficiales y que estaban dirigidas a integrantes del comité de selección, sus asesores u otros funcionarios con capacidad de aportar algún elemento que incida en la decisión de contratación.

Así, para identificar el acuerdo colusorio debemos centrar nuestra atención en todas aquellas irregularidades, que posiblemente a simple vista no sean observables; será la compulsión conjunta de todos los medios de prueba documental contrastada con la normativa que rige el acto de contratación pública la que nos permitirá determinar aquellos indicios de acuerdo colusorio.

De la documentación referida a los actos funcionariales, nos interesa todas aquellas expedidas en el curso de los actos relacionados a la contratación pública que reflejen el acto público que se llevó a cabo, en tres aspectos: la fecha, las declaraciones o actuaciones consignadas en el documento, la persona o personas quienes suscriben el documento.

De lo anotado podemos deducir que no existe como presupuesto para determinar la existencia de un documento público, que este haya sido redactado con una determinada formalidad; basta que haya sido expedido por funcionario público dentro del marco de su competencia.

Ahora bien, en el marco del delito analizado, la omisión de algunos términos o condiciones necesarios para comprender los alcances de los documentos podría, de ser el caso, representar un indicio respecto al ocultamiento de un hecho o circunstancia. Recordemos que lo que nos interesa es identificar aquellos detalles que pueden presentarse como contradictorios entre los documentos presentados y los generados por la entidad licitante.

También puede representar un indicio el enmascaramiento de alguna circunstancia no conveniente de precisar por parte del funcionario público y que tenga el ánimo de favorecer al bene-

ficiario o cuando menos de no perjudicarlo como por ejemplo la existencia de una sanción o inhabilitación que lo impida contratar con el Estado, la existencia de documentos caducos, que pueden generar la descalificación del postor, como es el caso de las licencias, o la caducidad de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores³⁹, la fianza bancaria⁴⁰, entre otros que constituyen garantías de la seriedad de la oferta.

En las contrataciones públicas los documentos están en relación con todo aquello que sirvió directa o indirectamente para tomar la decisión de otorgar la buena pro a una determinada empresa o persona. Dentro de este ámbito tenemos las bases del concurso, los informes técnicos y/o jurídicos, los contratos, las constancias, los comprobantes de pago, las cartas, las comunicaciones, las declaraciones escritas, los formularios presentados, entre otros documentos de similar naturaleza.

De todos los documentos precitados, el más importante son las bases, ya que ella constituye las reglas del proceso de selección; de este modo en función de ellas se realizará la calificación y evaluación de las propuestas. Por tanto, estamos ante parámetros que obligan tanto a la entidad convocante como a los postores.

En esta lógica cabe analizar aquellos documentos presentados por el postor favorecidos a efectos de identificar posibles indicios que incidan sobre actos de favorecimiento, dentro de ellos tenemos:

Los documentos contradictorios, son aquellos documentos que entran en contraposición con otros documentos presentados o declaraciones juradas por el postor en su propuesta, esta inconsistencia, devendría en el incumplimiento de un determinado re-

³⁹ El Decreto Legislativo N° 1017 en su artículo 9 señala que para ser participante, postor y/o contratista se necesita estar inscrito en el Registro Racional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado o inhabilitado para contratar con el Estado.

⁴⁰ El Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución N° 2118-2008-TC-S2 en su fundamento 18 señala que "(...) debe de advertirse que no es posible la renovación de una garantía cuando su vigencia ha vencido, mas aun si para el caso concreto el postor impugnante ha debido de tener la diligencia de renovar la garantía materia de cuestionamiento del presente procedimiento, mas aun cuando esa garantía ya presentaba problemas que dieron lugar a su descalificación y que son materia de la presente descalificación. Esta actitud muestra una falta de diligencia ordinaria que le es exigible al postor".

querimiento técnico o factor de evaluación, lo que acarrearía la descalificación del postor, por tanto, si el Comité evaluador pese a advertir estas inconsistencias, decide favorecer a este postor tal supuesto representaría un indicador de un posible acto de concertación que requiere ser analizado conjuntamente con otros que se puedan presentar a efectos de otorgarle mayor consistencia argumentativa.

Los documentos incompletos se trata de aquella documentación en que se plasma actos de disposición o de aceptación de términos o condiciones esenciales y sin los cuales no pudiera ser posible cumplir con un requisito o condición estable la importancia del documento incompleto atiende a identificar un acto de favorecimiento, que se presenta en la forma de una inacción del ente licitante para pasar por alto aquellos requisitos establecidos en la norma y que son de observancia obligatoria para todos los postores.

Estamos pues ante un acto omisivo cuya eficacia radica en ser un modo de favorecimiento arbitrario al vulnerar el principio de igualdad de tratamiento del administrado.

Documentos inexactos son aquellos documentos en los que se ha omitido consignar algún presupuesto esencial para que proceda o para que continúe la tramitación de uno o de algunos actos procedimentales. La falta de esta información debería acarrear la suspensión del procedimiento o su terminación de ser el caso, corresponde al órgano administrativo el observar tales supuestos, su inacción puede indicar un acto de favorecimiento encubierto.

- g) **Las pericias.**- La pericia o prueba pericial puede definirse como aquellos análisis, exámenes técnicos u operaciones de gran variedad de naturaleza, que realizan terceros ajenos al proceso que tienen especiales conocimientos, capacidades o habilidades versadas en determinada materia, respecto de hechos o circunstancia objeto de enjuiciamiento que han recabadas o solicitadas por las partes o por la autoridad judicial competente.

De este modo la pericia es necesaria cuando se debe identificar un desmedro de los fondos o caudales de los organismos públicos o mixtos, y para ello se requiere: a) investigar la existencia

de ciertos hechos, cuya determinación para que sea exhaustiva, exige necesariamente conocimientos técnicos especializados; b) haya de decidirse acerca de la naturaleza o cualidades de ciertos hechos o circunstancias; c) la base de la sentencia debe principalmente apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable; d) de los hechos demostrados, se trata de deducir sus consecuencias y cuyas conclusiones solo pueden ser determinadas por la pericia.⁽⁴¹⁾

Merece realizarse una diferenciación conceptual entre los conceptos perito, pericia, peritación y peritaje. Al respecto COLIN SÁNCHEZ señala que: "Perito —dice— es toda persona a quien se le atribuye capacidad técnico-científica o práctica en una ciencia o arte. Pericia es la capacidad técnico-científica o práctica que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. Peritación por su parte es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines. Peritaje es la operación del especialista traducido en puntos concretos".⁽⁴²⁾

Asimismo merece remarcarse que la pericia tiene por lo general un carácter complejo, por constar de diferentes operaciones técnicas, muchas de ellas enmarcadas bajo formular aritméticas a las que muchas veces se le suman otras variables que deben ser analizadas según se presente el caso. Se exige que la pericia sea conducente respecto del hecho a confirmar y pertinente con el objeto de la controversia; debe ser explicitada y justificada; las conclusiones deben ser claras, asertivas, convincentes; no deben ser jurídicamente imposibles, sin exceder los límites del encargo efectuado por alguna de las partes o por terceros legi-

⁴¹ Para CAFFERATA NORES, "la pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos (individuación genética-ADN), técnicos (identificación de matrículas de automóviles), o artísticos (determinación de autenticidad de cuadros), útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. No se trata entonces de un medio para auxiliar al funcionario judicial, supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podrá evitar su realización aun cuando aquel tenga los conocimientos especializados necesarios". CAFFERATA NORES, José Ignacio. "La imparcialidad del perito contralor". *Semanario Jurídico*. Nro. 208/202. En CAFFERATA NORES, José Ignacio y HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el Proceso Penal, con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*. Lexis Nexis Argentina S.A. Sexta Edición. Buenos Aires, 2008, pág. 67.

⁴² COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Tomo II, Bio-grafías Ediciones, México DC, 1964, pág. 89.

timados o por el órgano jurisdiccional; tampoco debe existir otro medio confirmatorio que desvirtúe el dictamen.

Para su valoración se requiere que los peritos acudan a la audiencia, oportunidad en la que serán interrogados por las partes sobre su dictamen o la presentación de estos, por los letrados que lo deseen, corriendo a cargo del juzgador el deber de control sobre aquellas preguntas que puedan ser impertinentes, inútiles o repetitivas.

La exposición puede comprender el análisis de documentos, materiales, y otros documentos adecuados idóneos para la exposición del perito, la explicación de aquellos puntos cuyo significado no se manifiesten como claros, las preguntas deben versar sobre el metido, premisa, conclusiones u otros aspectos importantes del dictamen. Solo a partir de este acto procesal llevado a cabo, bajos los principios de inmediación, contradicción y oralidad se cumplen con todas las garantías procesales exigidas para un medio de prueba de esta naturaleza, convirtiéndose en un medio apto para ser tomado por los jueces o tribunales como prueba.

Para ello el juzgador o tribunal debe valorar el razonamiento que contiene los dictámenes, las respuestas brindadas o expresadas en el acto del juicio oral sobre métodos, premisas, conclusiones, los medios e instrumentos empleados, los datos en los que se sustenten sus dictámenes, entre elementos que puedan valorarse como son la competencia profesional del perito, así como aquellas circunstancias que incidan en su objetividad, y cuyo cuestionamiento puede llevar a la tacha de la pericia por alguna causal descubierta en el curso del juicio oral.

Debe tomarse en cuenta las conclusiones conformantes y mayoritarias que resulten, así como el grado de certeza o probabilidad que poseen sus afirmaciones, de existir otras pericias se debe analizar estas de forma independiente, luego contrastándolas con las otras existentes, a efecto de aceptar el resultado de alguno por estar menor fundamentado que otro, desechando fundamentalmente aquellas pericias a las que no le asigna calidad probatorio concluyente de acuerdo a las reglas de la sana crítica.⁽⁴³⁾

⁴³ Es posible cuestionar la sentencia que no fundamentan de forma idónea las razones por las cuales prefieren o rechazan una pericia, tales casos pueden darse cuando no conste

Como nos recuerda DOHRING "el juzgador cae a veces en el error en pensar que el mejor perito es el que da a todas las preguntas una respuesta firme. Dictaminadores tales parecen a primera vista muy útiles, porque están dispuestos a quitarle al funcionario la responsabilidad. Peri aún queda por saber si verdaderamente han hecho un buen servicio al esclarecimiento del asunto. Con mucha frecuencia, esa seguridad que ostentaban es objetivamente infundada y sirve solo para desencaminar al investigador. Este debe distinguirse, por lo tanto, la necesaria y en consecuencia, loable cautela, de la injustificable medrosidad ante las responsabilidades. Si el grado de certeza afirmado por el perito ofrece dudas, por ser de dudoso valor el material fáctico del que se dispone o insuficiente la experiencia que cabe contemplar, la concepción correcta puede a veces obtenerse, pensando si tal vez certeza puede existir, dada la incompletud o contradicción de los datos básicos".⁽⁴⁴⁾

En contrasentido para no valorar el dictamen pericial, el juzgador deberá valerse de las reglas de la lógica, experiencia (es decir, de las reglas que impone la sana crítica racional). De este modo podrá apartarse del dictamen pericial si poseen fundamentos serios para hacerlo, ya sea que estos provengan de las reglas de la experiencia, lógica o de otros medios de pruebas actuados en juicio.

De lo dicho se puede concluir que el juzgador se encuentra facultado para dejar de lado el dictamen pericial de oficio a favor de la pericia de parte o incluso determinar la no causación de un concreto agravio, en base a un análisis crítico sobre todos los medios de prueba de esta naturaleza, actuadas según las reglas de sana crítica racional (es decir, por cualquier razón que no encuentre fundada en proposiciones técnicas, por las cual fue

en la sentencia valoración alguna en torno al resultado de la pericia, si el proceso de apreciación y resultado de la pericia resulta viciado por arbitrariedades, incoherencias, contradicciones u omisiones manifiestas que la presenten como ilógicos, y atentatorio con los principios de la regla de la experiencia, que se constituyen en principios deductivos emanados como parte de un actuar intelectual que debe ser consecuente con el material examinado.

Otro supuesto se presentan cuando el razonamiento del juzgador lleva al absurdo, este supuesto se da cuando el modo de exponer y de razonar del juzgador no guardo consistencia por ilógico y absurdo con los elementos obtenidos de la pericia.

⁴⁴ DOHRING, Erich. La Prueba. Valleta ediciones, México DC, 2003, pág. 210.

menester realizar el peritaje). En este sentido, si bien la pericia no obliga al órgano jurisdiccional para ponderación de determinada forma este medio de prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes.

La legitimidad de la procedencia de la pericia como institución se encuentra desarrollada en el artículo 172° del Código Procesal Penal, mientras que el artículo 181° del mismo cuerpo normativo desarrolla el procedimiento para el interrogatorio de los peritos.⁽⁴⁵⁾

Debemos señalar que el peritaje no constituye una prueba en sí misma, sino se trata de un medio probatorio que busca ilustrar al juzgador sobre determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos, entre otros requeridos para su correcto entendimiento y le permita esclarecer determinadas circunstancias aplicables a un caso en particular.

La pericia tiene como notas características su regulación formal y el encargo por órgano funcional previo, incluso por alguno de los terceros legitimados. El órgano que puede ordenar o disponer se realice una pericia varía según la etapa del proceso en la que nos encontremos. Para el caso del delito de colusión agravada, se requiere que la pericia se encuentre como medio de prueba antes de la formalización de la investigación preparatoria, la excepción a este supuesto, son los casos de hechos admitidos o convenciones probatorias.

La pericia también puede ser generada por algunos de los sujetos procesales que consideren que un hecho o circunstancia requiere ser esclarecido o para ser usado como un medio de contradicción de una pericia oficial u otra ya existente, en este caso la pericia de parte sirve como un contrapeso valorativo que

⁴⁵ El artículo 172°, numeral 1 del Código Procesal Penal establece la procedencia de la pericia, siempre que para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. El numeral 2 del artículo 172° señala que se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal. Esta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado. Asimismo, el numeral tercero del mencionado artículo establece que no regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee una ciencia, arte o técnica. En tal caso regirán las reglas de la prueba testimonial.

debe ser propuesto como medio de prueba a actuarse para poder otorgársele mérito probatorio.

- 1) La pericia en la colusión agravada.- La pericia resulta pertinente para dilucidar la existencia del componente perjuicio, como elemento exigible para los casos de colusión agravada, para ello requiere describir relación de operaciones llevadas a cabo para ello estos dictámenes se acompañan generalmente con documentos fundadores de naturaleza técnica o especializada, el reconocimiento de los objetos que hayan sido necesarios para su dictamen, el resultado de las mismas y las conclusiones que se formulen que no deben ser necesariamente categóricas dado que la realidad objeto del dictamen pericial no siempre puede ser reducida a esquemas rígidos.

En el caso de la colusión agravada, los peritajes que se realizan se denominan peritajes de opinión, en tanto aprecian o valoran un hecho o circunstancia relacionado con el perjuicio sufrido por la institución, esto puede realizarse ya sea mediante peritajes que determinen el valor de lo adquirido al momento de producirse el hecho denunciado, o el exceso en el pago realizado, se trata por lo general de peritajes históricos o retrospectivos de naturaleza contable hechas en las arcas del organismo público.

CASTILLO ALVA citando abundante ejecutorias de la Corte Suprema afirma que "en la acreditación del delito de colusión ilegal resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales, dentro del proceso penal, ya sea a modo de pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de cualquier otro orden siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio económico y la precisión de la magnitud del mismo. (...) La pericia sirve a veces para dilucidar las diferencias existentes entre los precios de adquisición de los productos (...). Asimismo, permite comparar los montos promedios que se cobran, por ejemplo, por servicios profesionales en liquidaciones técnicas finan-

cieras de obra (...)”⁽⁴⁶⁾, entre otros supuestos que puedan presentarse en la praxis.

- 2) El informe de auditoría.- No siempre se necesita de una pericia, basta en muchos casos que exista informe contable elaborado por la Contraloría General de la República que haya determinado perjuicio patrimonial, para ello requiere ser postulada como medio de prueba por el Ministerio Público, ratificada por los autores del informe en el contradictorio oral, y que tenga capacidad para convencer subjetivamente al juzgador sobre la presencia del perjuicio sufrido por la institución u organismo del Estado de modo plural, concordante y preciso.⁽⁴⁷⁾

Recordemos que la Contraloría General de la República es un organismo autónomo, tal como lo señala el artículo 82 de la Constitución, cuando señala que:

“La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano rector del Sistema Nacional de Control, quien en su calidad de ente técnico, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente; en los administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades bajo su ámbito de aplicación.”

El Sistema Nacional de Control está conformado por los siguientes órganos de control: La Contraloría General como ente técnico rector, los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditorías; quienes mediante su Plan Anual de Control programan las Acciones de Control con la finali-

⁴⁶ CASTILLO ALVA, José Luis, *Ibidem*, págs. 209, 210.

⁴⁷ “El Informe de la Contraloría aparece como que las impresoras se adquirieron con un sobreprecio de quinientos once mil dólares y las computadoras con un sobreprecio de tres mil trescientos dieciocho dólares, además obtuvo la buena pro una empresa que no se dedica al rublo de computadoras, que lo expuesto acredita no sólo un concierto ilegal, vistos los vicios del procedimientos de adjudicación directa, sino esencialmente la presencia de una defraudación, en tanto que los equipos adquiridos, incluso a un vendedor que no se dedica oficialmente al rublo de computadoras, tienen un valor superior a equipos de cómputo similares, de modelos y marcas reconocidas en el mercado que, en tal virtud, la absolución en este extremo carece de virtualidad”. Ejecutoria Suprema Sala Penal Permanente N° RN 798-2005- ICA, Lima, 22 de junio de 2005.

dad de supervisar y vigilar que los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, establece en su artículo 15° literal f) que son atribuciones del Sistema:

"Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes."

El tema a analizar es si los informes contables técnicos emitidos por la Contraloría General tienen o no la calidad de medio de prueba, al margen de que la ley antes citada le da tal calidad y si esa condición jurídica es la correcta, teniendo como premisa la doctrina y la jurisprudencia.

Partimos de afirmar que existe una diferencia entre el informe de contraloría y el hallazgo de auditoría o auditorías forenses.

- a) El informe de auditoría- Es un documento contable, emitido por profesional competente y calificado en la que expresa su conocimiento aplicado, como producto de un proceso sistemático que consiste en un examen, verificación o evaluación, aplicada a una materia a fin de obtener y evaluar objetivamente evidencia sobre las afirmaciones relativas a actos y eventos de carácter económico; con el fin de determinar el grado de correspondencia entre esas afirmaciones y los criterios establecidos en la auditoría.

ARIAS DE SALTARÍN afirma que "el informe es un documento en el que el profesional de auditoría expone el alcance, naturaleza de su examen y expresa su opinión, como experto independiente, acerca de los estados financieros, operaciones o actividades que han sido objeto de exámenes. Los informes de auditoría en general, se elaboran de manera similar tanto en el caso de las empresas privadas o entidades públicas, ya que los principios de la auditoría en general son aceptados, son la base o fundamento que orienta el Informe de

Auditoría y la actividad del auditor, sea independiente o gubernamental; no obstante, varía el procedimiento y su contenido, según la naturaleza del ente examinado y la finalidad del Informe".⁽⁴⁸⁾

En el sector público el informe de auditoría contable ha adquirido importantes connotaciones, lo que lo ha convertido en un elemento probatorio de singular importancia para la investigación preparatoria, particularmente en aquellos casos en los que determinan las afectaciones económicas al patrimonio público con sus consecuencias, penales, administrativas y patrimoniales que pueden ser ocasionados por las acciones de los funcionarios públicos vinculados en los hechos irregulares.

Según el Manual de Auditoría Gubernamental – MAGU. La Auditoría Gubernamental está definida por sus objetivos y se clasifican en: a) Auditoría Financiera, b) Auditoría de Gestión, c) Examen Especial.

De estas tres tipos de auditoría nos interesa, *la de gestión* por ser en ella en la que se realiza un análisis y comprobación de uso correcto de los recursos de la de la entidad.

La auditoría de gestión, es el examen y evaluación que puede incluir la verificación de los estados financieros, la evaluación de las operaciones y otras actividades de una entidad pública o mixta para establecer el grado de economía, eficiencia y eficacia en la planificación, control y uso de sus recursos y comprobar la observancia de las disposiciones pertinentes, con el objetivo de verificar la utilización más racional de los recursos y mejorar las actividades o materias examinadas, de acuerdo con los objetivos y metas previstos, incluye el examen de la organización, estructura, control interno contable, y administrativo, la consecuente aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados, la razonabilidad de los estados financieros, así como el grado de cumplimiento de los objetivos a alcanzar en la organización o entidad auditada.

48 ARIAS DE SALTARIN, Lourdes. Eficacia probatoria del Informe de Auditoría en el Proceso Penal. Auditorías Forenses. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, pág. 30

- b) Los hallazgos de auditoría, auditorías especiales o auditorías forenses.- "Este tipo de auditoría consiste en el examen que se realiza en una empresa, organización, ente, área o actividad específica, respecto a la que se ha detectado la posible existencia de fraudes. En incontables ocasiones, es consecuencia de una auditoría. En materia gubernamental, cuando de una auditoría requerida por la empresa o institución del gobierno surgen irregularidades, la Administración procede a requerir una auditoría especial que consistirá, básicamente, en la presentación o examen de evidencias o elementos específicos relacionados con el hecho irregular, que servirán de guía para los fines consiguientes. Esta auditoría no implica un dictamen, ni conclusiones, ni opiniones. En el ámbito gubernamental presentará una conclusión sólo cuando se desvirtúe la existencia de la supuesta irregularidad, caso en el cual la conclusión consistirá en una explicación razonada del auditor para expresar tal inexistencia. En ellas, solamente deben expresarse los resultados del examen o investigación efectuada".⁽⁴⁹⁾

Como se observa se exige que este tipo de auditoría puede practicarse en materia financiera, operativa, etc., se exige que debe ser objetivo y preciso, recogiendo en él los resultados de la investigación y dejando a criterio del juzgador la determinación de cualquier responsabilidad, que se deducirá de los medios de prueba actuados.

Las auditorías pueden ser efectuadas por un equipo de trabajo en el cuales incluye contadores y profesionales de otras material, que participen de acuerdo al marco de su conocimiento, naturalmente si lo investigado recae sobre transacciones o negocios que contengan registros de índole financiero y/o contable, la Contraloría designará contadores o economistas que sean idóneos para dirigir esta tarea o para que formen parte del equipo de trabajo. Distinto es el caso en que ninguno de los integrantes del equipo de auditoría fuera

⁴⁹ ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. Eficacia probatoria del Informe de Auditoría en el Proceso Penal. Auditorías Forenses. Ob. cit., pág. 40.

contable, pese a que la naturaleza de la actividad requiere de un contable.

Existen casos en los que puede bastar una evaluación técnica, no financiera o contable para probar el perjuicio, bastando que cuente con la capacidad de determinar un valor mayor al del precio del mercado, o que el bien adquirido no se entregue, o si se entregue este fue en calidad menor a la convenida, o si el peso no corresponde con los estándares establecidos en las bases, o que se compra un bien como si fuera nuevo, sin serlo, o si el bien adquirido no funciona por razones no imputables a la entidad licitante o por causal de fuerza mayor, etc. En todos estos casos "los hallazgos o resultados de las pericias o auditorias que se formulen deben ser concretos y específicos, evitando en todo momento ser genéricos".⁽⁵⁰⁾

- 3) Casos en los que no se necesita de pericia contable o informe de auditoría.- Conforme lo establece la Ley N° 29758 que modifica el artículo 384 del Código Penal, no existe necesidad de actuar pericia, en los casos de colusión simple, bajo este supuesto no se exige la causación de un agravio patrimonial, basta con la afectación causada a las expectativas del normal funcionamiento de la administración pública y/o a la imagen de la institución.

Dentro de estos casos tenemos aquellas situaciones en las que no pueda ser determinado el perjuicio concreto, no exista un sobreprecio o pago excesivo, o que este se presente como mera probabilidad, incluso en aquellos casos en los que se establece un ahorro para la entidad licitante, o este no ha podido ser determinado técnicamente.⁽⁵¹⁾

Sin embargo no son los únicos casos, dado que también se puede aplicarse para los casos de colusión agravada, supuesto en el que exige que el peritaje deba ser capaz de acreditar el perjuicio patrimonial.

En cuanto a la configuración del tipo base del delito de colusión es de destacar que, además, no basta con cualquier concerta-

⁵⁰ CASTILLO ALVA, José Luis, *Ibidem*, pág. 210.

⁵¹ Generalmente el valor pagado resulta un exceso, que se genera ya sea para obtener un beneficio o para evitar un costo.

ción ilegal entre funcionario público e interesado, ésta debe ser idónea para poner en peligro el patrimonio del Estado.

Aquí merece realizarse una explicación, debido a que la norma exige que se acredite el perjuicio, esto en la mayoría de los casos exige que el Fiscal cuente con una pericia que determine la minoración patrimonial sufrida por la institución, sin embargo esto no siempre debe ser así, para entender ello debemos remitirnos a explicar la relación que existe entre el principio acusatorio y el derecho a la presunción de inocencia en su regla de prueba, y particularmente dentro de este con el principio de la carga de la prueba.

El principio acusatorio guarda vinculación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en su regla de prueba, desde la perspectiva de que no es posible la imputación y menos la condena sin prueba de cargo. La prueba de cargo es aquella en la que el juzgador sustenta la formación de su íntima convicción sobre la culpabilidad del procesado, tal convicción debe ser racional y razonablemente expuesta en una sentencia condenatoria.

Asimismo la vinculación entre derecho a la presunción de inocencia y principio acusatorio tal y como lo señala PÉREZ ARROYO reside en que "la presunción de inocencia es una consecuencia obligada del principio acusatorio y del derecho a no declararse culpable. Si para ser condenado alguien tiene que ser previamente acusado, es obvio que a quien acusa tiene que exigírsele que pruebe su acusación para que el acusado pueda ser condenado. Actividad probatoria en la que no podrá contar con la colaboración del acusado, que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable".⁽⁵²⁾

De lo anotado se deduce que los elementos de prueba que será objeto de valoración, son aquellos que han sido postulados y admitidos como medios de prueba siempre que cumplan para su admisión y posterior valoración con los valores de pertinencia⁽⁵³⁾,

⁵² PÉREZ ARROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2005, pág. 500.

⁵³ La utilización de los medios de prueba pertinentes, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a

utilidad, oportunidad y licitud,⁽⁵⁴⁾ y con posterioridad se sujeten a los principios de contradicción, inmediación y oralidad que en conjunto informan la actividad probatoria representando las garantías inherente al derecho al proceso justo o debido y, al que al mismo tiempo, constituye límites inmanentes a su ejercicio derivados de la propia naturaleza del derecho.

Ahora bien el derecho a la presunción de inocencia tiene en su regla de prueba como uno de sus pilares el principio de la carga de la prueba, por esta *se impone a quien alega un hecho tiene la obligación de probar, puesto que la alegación misma no constituye de por sí una prueba, pues la carga de prueba incumbe a quien quiere afirmar una verdad de hecho como fundamento o condición jurídica del propio hecho.*

Precisamente el principio de carga de la prueba introduce un desequilibrio estructural en las posiciones de las partes por el cual *"el que alega debe probar"*, esto generalmente favorece al imputado y a su defensa quien no asume ningún rol positivo respecto a la probanza de los hechos atribuidos, con esto su posición procesal se ve reforzada, mientras que la posición del Ministerio Público se encuentra limitada como consecuencia que la carga activa de la prueba.

De este modo *"la prueba debe ser de cargo, esto es, debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto".*⁽⁵⁵⁾

bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean idóneas y necesarias, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el tema a decidir.

⁵⁴ "A la prueba de descargo ilícitamente obtenida o aportada al proceso, habrá siempre un conflicto de intereses entre la licitud por quiebra de la legalidad fundamental o no y la preservación de otros derechos fundamentales (en referencia al derecho de defensa y a la presunción de inocencia), que permite inclinarse a favor de estos". BELTRAN NUÑEZ, Alfonso. *"La prueba de defensa"*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 473.

⁵⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La Valoración de la Prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004". En: Instituto de Ciencia Procesal Penal, pág. 14.

La carga de la prueba asignada al titular de la acción penal es un estándar de prueba muy alto, en tanto exige la probanza de:

- i. Que el hecho delictivo existió. Esta labor no consiste en una mera apreciación fáctica de los sino es primordialmente una labor técnico jurídico consistente en analizar si la conducta imputada es típica, antijurídica (ausencia de causas de justificación) y culpable⁽⁵⁶⁾.
- ii. Que se individualice a las personas que participaron en el hecho imputado, sean estos autores o cómplices. La individualización no debe entenderse en su manifestación fisiológica sino es de naturaleza atributiva-valorativa; es decir, imputar un hecho a su autor como su obra⁽⁵⁷⁾.
- iii. Las causas o factores que influyeron en la realización del hecho delictivo.
- iv. Las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la comisión del delito.
- v. Los daños y perjuicios causados por el delito a la institución u organismo perjudicado⁽⁵⁸⁾.

Esto último es lo que nos interesa particularmente al analizar el tipo agravado de colusión, que exige la probanza de la defraudación patrimonial, como ya lo dijimos esto por lo general exige la existencia de una pericia que determine de forma aproximativa dado que por lo general las pericias contables son retrospectivas,

⁵⁶ ASIS ROIG, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 35.

⁵⁷ CAROCCA PEREZ, Alex. Garantías constitucionales de la defensa procesal. Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 121.

⁵⁸ La organización de las Naciones Unidas en el VI congreso de prevención del delito y tratamiento del delincuente, en Caracas, Venezuela, en el año de 1980 y en las reuniones preparatorias del VII congreso llevado a efecto en Milán, Italia, en 1985, se planteó que el término "víctima" puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida o daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que: a) constituya una violación a la legislación penal nacional; b) constituya un delito bajo el derecho internacional que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente. c) que de alguna forma un clic en un abuso de poder por parte de personas que ocupan posiciones de autoridad política económica. La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas.

sin embargo la pericia no será requerida en aquellos casos en los que el perjuicio esta individualizado como prueba de cargo.⁽⁵⁹⁾

Esto quiere decir, que si se presenta un caso en que se ha determinado a través de un medio de prueba la cantidad pagada por la entidad pública, como sería el caso de un cheque, una factura, un titulo valor o cualquier otro medio que pueda acreditar la forma de pago, que no debía realizarse ya sea porque no estaba dentro del marco del acuerdo o de las bases que regulan la contratación pública, o estando establecido se pago un exceso indebido, este pago o este exceso en el pago, resulta ser el perjuicio causado de forma concreta, en estos casos no habría necesidad de realizar una pericia porque el perjuicio es susceptible de ser identificado a plenitud, por tanto, el órgano jurisdiccional no tendría necesidad de recurrir al apoyo de un análisis de un tercero, si él mismo está en capacidad de percibir a través de sus sentidos el perjuicio ocasionado.

Claro este supuesto exige que la defensa del imputado no haya cuestionada la existencia del pago, su exceso, la naturaleza del pago, el documento en la que conste el pago, su ilegitimidad o su validez, etc., esto significa que no debe de existir ningún tipo de cuestionamiento planteado y/o admitido como punto contradictorio respecto del perjuicio.

Si este es el caso, estamos ante una de las varias excepciones al principio de la carga de la prueba establecidos en el Código Procesal Penal. El artículo 156. 2 del CPP señala que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

⁵⁹ "La prueba debe ser de cargo (...) debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto. En definitiva la prueba debe tener un contenido que permita, desde un criterio racional, tener por acreditada la participación del acusado en el hecho delictivo y la propia existencia del hecho punible⁸⁶. Ello exige que queden acreditados los diferentes elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación". MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La Valoración de la Prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004". Ob. cit., pág. 17.

Mientras que el artículo 156.3 del CPP señala que "las partes podrán acordar determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorara como un hecho notorio".

Bajo estas excepciones, el Ministerio Público, parte procesal a quien le interesa acreditar la defraudación patrimonial, se ve favorecido por una ventaja procesal consistente en que no tiene que probar el perjuicio, cuando este es no controvertido, ya sea porque estemos ante un hecho o circunstancia admitido o ante un supuesto de convenciones probatorias, etc.

3.1. Hechos admitidos.- "Llamamos hechos admitidos o no controvertidos a aquellos que habiendo sido afirmados por una de las partes o por algunos de los terceros legitimados, e incluso incorporados de oficio por el juzgador para la correcta solución de un caso concreto, han sido aceptados por quien actúa como contraparte o por quien tiene la carga de pronunciarse acerca de su ocurrencia o inexistencia. Ahora bien dependiendo de la forma en que se produce su aceptación el hecho puede ser tácitamente admitido o expresamente admitido".⁽⁶⁰⁾

Estamos pues ante una circunstancia fáctica no controvertida, es decir, que sobre su existencia no existe oposición alguna, ya sea que haya sido aceptado de forma tácita⁽⁶¹⁾ o expresa⁽⁶²⁾ como cierta por la parte contraria, no importando

⁶⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara editores, Lima, 2001, pág. 171.

⁶¹ "Se dice que un hecho ha sido tácitamente admitido y, por tanto, que no es controvertido, cuando habiendo sido afirmado por una de las partes o por algunos de los terceros legitimados e incluso incorporados de oficio por el juzgador para la correcta solución del caso en concreto, no ha sido negado o discutido por quien actúa como contraparte o por quien tiene la carga de pronunciarse acerca de su ocurrencia o inexistencia, a pesar de tratarse de un hecho pertinente por guardar una conexión lógica jurídica con el petitorio y con el supuesto fáctico de las normas cuya aplicación se solicita o se discute (en otras palabras, a pesar de ser un hecho integrante del objeto concreto de prueba). Clasifican dentro de este grupo los hechos que son materia de silencio, de respuesta vaga, o evasiva, de negativa genérica y en general, d ausencia de controversia acerca de su ocurrencia o inexistencia. Sin embargo, no se consideraran hechos tácitamente admitidos aquellos que, a pesar de ser materia de reserva o silencio, corresponde a un secreto de tipo profesional, religioso, confesional, etc., en tanto que dicho silencio o reserva esté amparado por el ordenamiento jurídico". BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., págs. 171, 712.

⁶² "(...) se dice que un hecho ha sido expresamente admitido y, por tanto que no es controvertido, cuando habiendo sido afirmado por una de las partes o terceros legitimados, o in-

que haya sido alegado por el Fiscal o por la defensa del imputado, por tanto, puede dejar de constituirse en objeto de prueba, por no ser punto de debate, convirtiéndose en una premisa válida a tomarse en cuenta al momento de definir el resto de los hechos que requieren subsumirse en el resto de elementos típicos.

3.2. Convenciones probatorias.- Las convenciones probatorias son acuerdos tomados entre las partes en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera, si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tenidos por ciertos en el juicio oral y se dispensará de la carga de probarlos.

De este modo estamos ante circunstancias fácticas que las partes pueden proponer (el Fiscal con su acusación y los demás sujetos legitimados con sus escritos y requerimientos) y acordar previo al inicio del juicio oral, ya sea que se discutan con anterioridad a la notificación de la acusación y/o en la Audiencia Preliminar de fase intermedia.

En base de dichos acuerdos las partes podrán acordar que no necesitan probar el perjuicio ocasionado, pues se encuentran conformes respecto de su existencia.

Consideramos que el sobreprecio o perjuicio si es posible de ser objeto de convención probatoria, en aquellos casos en los que las partes decidan considerar como probado este elemento típico, en tanto, que estamos ante un elemento de prueba de libre disposición, que no resulta indisponible y su aceptación suponga una disposición de referido derecho.

"A este acuerdo se le denomina convención probatoria, la misma que hará: i) que la actuación probatoria se derive en hechos indiscutibles por las partes, ii) evitar, por ende, pérdida de tiempo y desgaste en el trabajo de juzgamiento, iii) de entrada, limitar que el hecho discutido se pueda variar. Los hechos notorios producto de convención probatoria deben

clauso incorporado de oficio por el juzgador para la correcta solución del caso en concreto, es aceptado expresamente por quien actúa como contraparte o por aquel sujeto procesal que tiene la carga de pronunciarse sobre su ocurrencia o inexistencia". BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Ibidem*, pág. 172.

ser hechos de alguna manera relevantes y útiles en la estrategia del litigio para ambas partes, de interés común".⁽⁶³⁾

En los casos de estas dos excepciones desarrolladas, si los cuestionamientos que se presentan se centran en la existencia de acuerdo colusorio o en la falta de una específica forma de contratación pública, y no en la existencia de perjuicio que se admite de forma tacita (no existe contradicción) o expresa, estos cuestionamientos, no tienen capacidad para influir sobre la determinación del perjuicio, porque cada elemento del tipo requiere ser probado individualmente y por separado, lo que no enerva su posterior análisis conjunto al momento de emitir la sentencia.

Concluimos que si bien no es necesario una pericia para acreditar la defraudación por los fundamentos expuesto, esto no quiere decir, que el Ministerio Público no pueda solicitar una pericia o el órgano jurisdiccional pueda ordenar disponer la misma, a efecto de determinar los costos por el no uso del capital por parte de la institución u organismo público.

Esta pericia ayudara a fijar a partir del monto indebidamente pagado ya determinado, los costos en que incurrió la institución por la no disposición de sus recursos, si por ejemplo hubiera decidido colocar ese dinero en una institución bancaria, o si lo hubiera mantenido en sus arcas y lo hubiera utilizado en una alternativa de inversión a la que tuvo que renunciar, lo que generalmente se conoce como costo de oportunidad, es decir, el costo que se genera al tomar una determinación que conlleva la renuncia de otra alternativa.

- h) **La prueba anticipada.**- La excepción a la regla que señala que los actos de investigación no son prueba, la tenemos en la prueba anticipada regulada desde el artículo 242° al artículo 246° del Código Procesal Penal.

Prueba anticipada es aquella diligencia de prueba que se produce con anterioridad al juicio oral, es decir, se trata de actos de investigación que se pueden dar en la investigación preliminar o

⁶³ UGAZ ZEGARRA, *Ángel Fernando*. "Estudio introductorio sobre la prueba en el nuevo código procesal penal". En: Instituto de Ciencia Procesal Penal. <http://www.incipp.org.pe/>

en la investigación preparatoria que no podrán ser practicadas en el curso del juicio oral o pudiera motivar su suspensión.

La doctrina española entiende que la "prueba anticipada es aquella que, con una finalidad aseguradora, se practica con anterioridad al momento procesal en que debe producirse".⁽⁶⁴⁾ Ello en razón de que se trata de actos que por la fugacidad de su objeto no han de poder ser reproducidos el día de la celebración del juicio. Es de notar que al tratarse de una excepción a la regla requiere el cumplimiento de determinados presupuestos; si no se cumplen, no se puede preconstituir la prueba.

La prueba anticipada así, como prueba preconstituida, tiene un fundamento común en el principio de búsqueda de la verdad material, y pretende asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción producidos en investigación preliminar o preparatoria, los que por ser de imposible o muy difícil reproducción en juicio oral, no puedan ser actuados y valorados.

De esta manera, la prueba preconstituida o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia, siempre y cuando se haya practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y haya sido incorporada al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que se permita a la defensa del acusado someterla a contradicción.

1) Presupuestos de la prueba anticipada

La prueba anticipada únicamente puede ser realizada por el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal o de alguna otra parte procesal, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos:

- i. **Materiales.**- Se trata de hechos que por su fugacidad no pueden ser reproducidos en el juicio oral. De este modo el presupuesto material consiste en que el elemento probatorio es irreplicable por su fugacidad. Cabe precisar que el supuesto de fugacidad e irrepeticibilidad no solo se presenta cuando exista un testigo cuyo paradero es desconocido o ha falle-

⁶⁴ CALDERÓN CEREZO, A., CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 390.

cido, sino también cuando estando presente la inasistencia se deba a que exista amenazas de por medio (casos de secuestro, terrorismo, drogas, etc.).

- ii. Subjetivos.- Este tipo de prueba comporta que solo puedan ser actuados por el Juez de la Investigación Preparatoria.
- iii. Objetivos.- Se requiere que se garantice la contradicción efectiva, así como la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo.

Debemos precisar que lo que se exige es que la defensa del imputado esté debidamente notificada, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas tales diligencias, por infracción del derecho de defensa, por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor, ya que es posible que la inasistencia del abogado del imputado se articule dentro de una estrategia de defensa o incluso puede darse como de la desidia o negligencia de la defensa, razones no atribuibles al Juez y que por ende no generan nulidad.

- iv. Formal.- Que la prueba anticipada sea introducida al juicio oral mediante lectura de documentos, la misma que deberá ser sometida a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

198. En casos en los que se presente la posibilidad de que las declaraciones testimoniales brindada a nivel de investigación preparatoria que sirvan para acreditar o desvirtuar algún elemento típico del delito de Colusión, no puedan actuarse en juicio oral por factores ajenos a las partes, se debe solicitar se actúe prueba anticipada. Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria llevar a cabo la diligencia de toma de la declaración al testigo, quien deberá declarar sobre aquellos ámbitos reseñados por la parte procesal en su pedido de prueba anticipada.

199. Por último debe precisarse que la oportunidad para solicitar la prueba anticipada, se presenta a partir de la Disposición de Formalización de la Investigación Probatoria y se proyecta hasta la audiencia de control de la acusación.

XII. MECANISMOS PARA EL CONTROL DE PLAZOS EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

200. El Código Procesal Penal establece en el artículo primero del Título Preliminar el derecho al plazo razonable; se trata de un derecho prestacional que no tiene un contenido unívoco, en tanto puede referirse al plazo razonable de la investigación preliminar, el plazo razonable del proceso penal⁽⁶⁵⁾, el plazo de la prisión preventiva e incluso podemos referirnos al plazo razonable para la organización de una estrategia de defensa.⁽⁶⁶⁾

⁶⁵ "Que asimismo, este Tribunal ha precisado que el *término inicial* del cómputo del plazo razonable del proceso opera a partir del inicio de la investigación preliminar que comprende la investigación policial y/o la investigación fiscal; mientras que el *término final* opera en el momento en que la persona es notificada de la decisión definitiva que supone el agotamiento de los recursos. Sobre esta base, resulta obvio que la evaluación de cada uno de los criterios antes señalados deben ser analizados de manera especial y pormenorizada en el lapso de tiempo existente entre el término inicial y el término final, lo que debe ser exteriorizado en una decisión debidamente motivada, debiendo para ello el juez de la causa recabar información documentada si fuera el caso. Por último, cabe recordar que este Tribunal en el Exp. N° 5350-2009-PHC FJ 40 ha precisado que si se constata la violación del derecho al plazo razonable del proceso, además de estimarse la demanda: i) se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso penal que, en un plazo máximo, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica, bajo apercibimiento de tenerse por sobreesido el proceso, y ii) se deberá poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes a los jueces que vulneraron el derecho al plazo razonable del proceso". Exp. N° 00739-2010-PHC/TC. La Libertad, 06 de enero de 2011.

⁶⁶ "De conformidad con el artículo 8° , inciso 2), literal "c", de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, "[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo "razonable" para que la persona inculpada pueda preparar u organizar una defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz. El enunciado "Durante el proceso" mencionado en el citado artículo 8° debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquel cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159°, inciso 4 de la Constitución). En consecuencia, ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra, considerándose, además, el término de la distancia cuando las circunstancias así lo exijan". Exp. N° 1268-2001-HC/TC. Lima, 15 de abril de 2002.

201. Este derecho se encuentra reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 7° numeral 5 y 8° numeral 1; en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 5° numeral 3 y en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 6° numeral 1 y recientemente en nuestro artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal.⁽⁶⁷⁾
202. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que "el tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8°, debe medirse en relación a una serie de factores como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7° inciso 5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7° inciso 5, el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal".⁽⁶⁸⁾
203. Lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos implica dos elementos a considerar, no es lo mismo el plazo razonable de detención⁽⁶⁹⁾ que el plazo de duración del proceso o de la investigación preliminar⁽⁷⁰⁾, ello es así, pues se encuentran en juego dos bienes jurídicos de distinta naturaleza.

⁶⁷ "Que este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar la eventual violación del derecho al plazo razonable del proceso. Ahora bien, a efectos de evaluar, si en cada caso concreto, se ha producido o no la violación del derecho constitucional al plazo razonable del proceso, este Tribunal, siguiendo los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que han sido recogidos en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC, ha considerado que tal análisis necesariamente debe realizarse a partir de los siguientes elementos: i) La naturaleza y complejidad de la causa, ii) La actividad procesal del imputado, y iii) La actuación de los órganos jurisdiccionales". Exp. N° 00739-2010-PHC/TC. La Libertad, 06 de enero de 2011.

⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 12/96, Caso N° 11.245, párrafos 110, 111.

⁶⁹ El caso de la prisión preventiva, en la cual sí se afecta la libertad individual al circunscribir la libertad (*ius ambulandi*) del justiciable a un espacio físico controlado (la cárcel) a efectos de evitar una probable sustracción del proceso penal (acción de la justicia) o, a efectos de evitar un razonable peligro de obstaculización respecto al esclarecimiento de los hechos imputados, en este sentido no solo se afecta la libertad sino otros derechos conexos como son la libertad de trabajo, la salud, la integridad familiar, etc.

⁷⁰ En la Investigación Preliminar el único bien jurídico que puede ser afectado es la expectativa del ciudadano investigado de que el caso en que se encuentra involucrado dure un

204. El plazo de la investigación preliminar es un marco temporal en la cual se debe realizar investigaciones no solo urgentes, sino de preferencia aquellos de naturaleza irrepetibles o aquellos necesarios para obtener la mayor cantidad de información sobre la comisión del hecho delictivo.
205. En este marco se realizan actos para determinar la verosimilitud de la imputación, en los casos de delitos contra la Administración Pública y particularmente en los casos del delito de colusión el plazo razonable adquiere un contenido propio, en aplicación del principio de igualdad que establece el mismo trato a los iguales, pero también establece un trato diferenciado entre aquellos que tienen condiciones que lo apartan de otras situaciones promedio.
206. Es este el caso que se presenta en el delito de colusión donde la determinación clara y circunstanciada del hecho que generalmente abarca una diversidad de temas y ámbitos, requiere de actividades probatorias más complejas que las establecidas para otros tipos penales, incluso representan mayores dificultades en comparación con los otros delitos que forman parte del Título referido a los delitos contra la administración pública.
207. La determinación del plazo razonable de la investigación fiscal ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en el asunto GLEISER KATZ⁽⁷¹⁾, apreciándose que se trata de los mismos criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁽⁷²⁾ así se señala que:

plazo mayor del estrictamente necesario para determinar su situación jurídica. En este sentido, creemos que en una investigación por el delito de colusión no existen otros bienes jurídicos o derechos conexos que justifiquen un cuestionamiento contra una investigación preliminar.

⁷¹ Exp. N° 05228-2006-HC/TC del 15 de febrero de 2007.

⁷² La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales" Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 71.

Similar criterio asumió la Corte Interamericana en el caso Genie Lacayo en que señala que se debe considerar para tener en cuenta el término de duración del plazo: a) la complejidad del asunto b) la actividad procesal del interesado c) la conducta de las autoridades judiciales.

"Los criterios que el Tribunal Constitucional considera necesarios para determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de la investigación fiscal, evidentemente, no son criterios jurídicos rígidos aplicables de manera idéntica a todos los casos. Por el contrario, deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias presentes en la investigación fiscal. Al respecto, la jurisprudencia comparada, particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que para determinar la existencia, en un caso concreto, de un plazo razonable se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales.

Criterios que también la jurisprudencia de este Colegiado ha recogido en sendas sentencias, tales como 6167-2006-PHC/TC, 7624-2005-HC/TC, 594-2004-HC/TC. Por ello, a juicio de este colegiado, los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal son de dos tipos: subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

Los criterios subjetivos, como ya se adelantó, están referidos a la actuación tanto del investigado como del fiscal a cargo de la investigación prejurisdiccional. En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en 1) la no concurrencia injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

En cuanto a la actividad del fiscal, el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. En principio, se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público. No obstante, es una presunción iuris tantum, en la medida que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse, de un lado, la realización o no

de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva.

En ese sentido, habrá inactividad fiscal aun cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación. Más aún, la falta de diligencia fiscal no puede ser soslayado por aseveraciones o infundios acerca de la conducta del investigado o de terceros; por cuanto, de realizarse una conducta ilícita de personas vinculadas al proceso, solo cabe realizar una denuncia a fin de no incurrir en el posible delito de omisión de denuncia, previsto en el artículo 407° del Código Penal.

Dentro del criterio objetivo, a juicio del Tribunal Constitucional cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar. Al respecto, es del caso señalar que la complejidad puede venir determinada no solo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados, más aun si se trata de organizaciones criminales internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo, los delitos de lesa humanidad. También debe considerarse el grado de colaboración de las demás entidades estatales, cuando así lo requiera el Ministerio Público.

Cabe señalar que es dentro del marco de estos criterios jurídicos que se deberá determinar, en cada caso concreto, si es que la investigación prejurisdiccional se ha desarrollado dentro de un plazo razonable. Ello es así en la medida que los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales en general, y del Ministerio Público en particular, no se legitiman desde la perspectiva constitucional en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución".

208. Los considerandos precitados, así otros que han sido desarrollados por el Tribunal deben ser entendidos como referencias que pueden ser aplicables a una concreta situación fáctica; no son en estricto doctrina jurisprudencial vinculante, pues como sabemos solo los considerandos o extremos que tienen la condición de vinculante obligan, orientan o determinan de forma específica una determinada forma de razonamiento.

209. En materia de plazo razonable no existe jurisprudencia nacional o internacional que establezca la obligación de entender el plazo razonable de una forma determinada; así, existe un conjunto de resoluciones en materia de hábeas corpus como: Exp. N° 03485-2005-HC/TC (asunto Bustamante Romani), Exp. N° 06079-2008-HC/TC (asunto Abanto Verástegui), Exp. N° 3509-2009-PHC/TC (asunto Chacón Málaga), entre otros, asimismo tenemos también sentencias de la Corte Interamericana como son los casos Suárez Rosero, Genie Lacayo, entre otros, ninguno de los fallos mencionados son vinculantes para el Estado Peruano, la judicatura nacional o para el Ministerio Público; todas estas resoluciones deben entenderse como pautas de entendimiento que para ser utilizadas requiere su adecuación al caso en concreto.

1. Criterios para la determinación del plazo razonable en la investigación

210. Para la determinación de los criterios del plazo en la investigación hemos examinado las sentencias del Tribunal Constitucional en los Exp. N° 06079-2008-PHC/TC Lima, Exp. N° 2798-04-HC/TC Lima, Exp. N° 3771-2004-HC/TC Piura, 6167-2006-PHC/TC Lima, Exp. N° 7624-2005-HC/TC Lima, Exp. N° 594-2004-HC/TC, principios que han sido recogidos en el Exp. N° 05228-2006-HC/TC Lima; en todas estas sentencias se ha establecido dos criterios a efectos de evaluar la razonabilidad del plazo de investigación, el primero contiene criterios subjetivos, el segundo se denomina criterio objetivo, precisaremos a continuación los alcances de ambos:

A. Criterio subjetivo

211. En la búsqueda de los elementos que determinen la existencia de la noticia criminal, corresponde al Ministerio Público recopilar el material probatorio suficiente a través de los actos de investigación. "El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura del proceso (...)"⁽⁷³⁾

⁷³ Exp. N° 0196-2006-PHC/TC Lima, 14 de marzo de 2006.

212. "El principio de iniciación de la persecución, supone cumplimiento de requerimientos de procedibilidad de la investigación; entre esto, debe aparecer el *fumus commisi delicti* o la existencia de indicios de la comisión de un delito y seguidamente, el *fumus delicti tributi* o indicios para la atribución de un delito a una persona en particular. Tales requisitos deben aparecer en la denuncia." ⁽⁷⁴⁾
213. La búsqueda de los elementos de prueba eficaces para probar la imputación, no es siempre fácil, requiere de un lapso de tiempo tal que permita la recopilación e incorporación del material probatorio que el caso requiera, por ello no es posible hablar un término o plazo que pueda ser fijado, ni medido en días, semanas, meses o años, pues ninguna de estas medidas temporales está reconocida como plazo legal para determinar los límites temporales de la investigación.
214. El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia a la que hemos hecho alusión en el párrafo 34 del presente trabajo, ha identificado que el criterio subjetivo contiene los siguientes elementos:
- 1) La no concurrencia injustificada a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación.
 - 2) El ocultamiento o negativa injustificada a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación.
 - 3) La recurrencia de mala fe a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y
 - 4) En general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

i. La no concurrencia o la injustificada inasistencia del investigado a las citaciones del Fiscal

215. Uno de los actos que genera dilación en el proceso es la no presencia del investigado a las citaciones a las que se le convoca, ya sea porque se niega a concurrir a las citaciones para la que es requerido, ya sea porque no es habido, o porque sencillamente no puede hacer-

⁷⁴ ANGULO ARANA, Pedro M. *El Ministerio Público Orígenes, Principios, Misiones y Facultades*. Editorial Tarea. Lima, 2001, pág. 166.

lo; cualquiera que sea la causal, se genera la pérdida de un tiempo valioso, pues el Fiscal debe volver a citar al investigado o debe dedicar tiempo extra a efectos de requerir la presencia compulsiva del investigado; en los dos supuestos anotados se ocasiona retraso de toda la investigación.

216. Las conductas acotadas pueden producirse como parte de una estrategia procesal, simple ánimo de sustracción o de entorpecimiento procesal, sea el motivo que se esconda detrás de ella, el tiempo perdido no debe favorecer al investigado, ni a otros que pueden verse beneficiados por el actuar de los coinvestigados, pues ello sería premiar una maniobra dilatoria, generando una expectativa no legítima en otros litigantes a actuar con temeridad abusando de sus facultades procesales.
217. Situación distinta se presenta en los casos en que la inasistencia del investigado se debe a que este debe concurrir a otras diligencias de investigación o teniendo la condición de procesado debe concurrir a otras diligencias programadas sea en sede fiscal o jurisdiccional. Esta situación se presenta como es natural cuando un investigado debe responder de diversas situaciones que han generado una variedad de investigaciones contra su persona pero en ámbitos temporales distintos o contra otros respecto de los cuales él tiene la calidad de testigo. Lo acotado provoca un retraso en las investigaciones no imputable al investigado, que sin embargo es un factor a valorarse para justificar el retraso en la culminación de las investigaciones.
218. El supuesto precitado se manifiesta con mayor intensidad en las investigaciones de corrupción de funcionarios, en estas situaciones la pluralidad de investigados, la cantidad y dificultad de actos de investigación generan un retraso que debe ser analizado en cada caso en conjunto, sumando y restando los diferentes factores que se presentan a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de investigación.
219. En síntesis, la actitud del procesado en la investigación preliminar es uno de los presupuestos claves para determinar si en el procedimiento de investigación se generará una demora injustificada; para ello es necesario examinar la voluntad del investigado a no entorpecer el esclarecimiento de los hechos mediante su incomparecencia.

a las citaciones efectuadas, entre otros supuestos que se puedan presentar.

ii. *El ocultamiento o negativa injustificada a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación*

220. El ocultamiento de los elementos de prueba, en su vertiente información, es un indicativo de una determinada tendencia, intención personal o predisposición para materializar un riesgo de frustración de las investigaciones respecto de la búsqueda y recolección de elementos de pruebas. Se trata de un peligro de perturbación u obstaculización de la actividad probatoria que debe ser entendido como un accionar del investigado o de terceros interesados, que tiene por fin entorpecer, alterar o cuando menos, hacer más difícil la búsqueda de las fuentes de prueba, elementos de prueba o la incorporación de los medios de prueba al proceso.
221. Debe observarse la idoneidad de la conducta obstruccionista, desde su relevancia para limitar o cuando menos hacer más difícil el esclarecimiento de los hechos imputados, asimismo debe observarse los recursos físicos e intelectuales para materializar un riesgo de frustración procesal.⁽⁷⁵⁾ Este presupuesto hace referencia a una probable actividad del investigado o de terceros basados en su disposición material para eliminar, malbaratar, manipular, alterar, destruir u ocultar fuentes o elementos de prueba que lo vinculen directa o indirectamente con la imputación.
222. Así, existe una variedad de actos o situaciones ya sean positivas como negativas (omisiones) directos o indirectos, tendientes a retrasar, dificultar, entorpecer, impedir, retardar o dilatar la búsqueda y recolección de elementos de prueba, se trata de, en el mejor de los casos, una predisposición para evitar comprometerse en mayor medida por los hechos que se les viene investigando.

⁷⁵ Como afirma PUJADAS TORTOSA "dicha conexión puede venir dada por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho enjuiciado (que indique la necesidad de analizar un determinado grado de capacidad organizativa e intelectual del imputado para planificar y ejecutar actos complejos), la situación social y familiar o las conexiones que el sujeto tenga con otros países, si se estima que en ellos pueda hallarse la concreta fuente de prueba". PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría General de Medidas Cautelares Penales*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág.126.

223. Las formas utilizadas para evitar comprometerse consisten en que el organismo investigado no entregue información relevante dentro de un marco temporal razonable, pero también que el investigado desvíe la atención del investigador hacia ámbitos inocuos que no guardan relación con el objeto de la investigación, o a través de maniobras que buscan confundir al investigador; también se presentan los casos de no entregar, retraso o la ocultación de la información requerida o necesaria en forma de documentación en todo o en parte.
224. En los casos de investigaciones contra un grupo extenso de personas se presentan situaciones propiciadas por los investigados para desviar la atención del órgano de investigación hacia otros ámbitos a través de un discurso uniforme; ello trae como consecuencia que la Fiscalía busque proveerse de información ya sea documental u otra a través de otros medios. Tal hecho si bien representa un mecanismo de defensa válido del investigado, esto no es óbice para valorar el retraso que se genera en la culminación de las investigaciones como un elemento más que permitiría, de ser el caso, justificar la extensión temporal de la investigación.

iii. *La recurrencia de mala fe a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional*

225. La mala fe⁽⁷⁶⁾ en la investigación preliminar comporta la utilización de los derechos de naturaleza procesal de una manera indebida, anor-

⁷⁶ Para abordar un concepto como el de la mala fe procesal, debemos antes definir qué es la buena fe procesal. Este es un concepto jurídico indeterminado, que sin embargo genéricamente puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta y leal al ejercicio o cumplimiento de los derechos. La buena fe sea aplicada al derecho en general o al procesal en particular, como un concepto aglutinante de todas estas expresiones. Así entonces, al hablar indistintamente de "probidad, lealtad y buena fe", estamos refiriendo lisa y llanamente a la moralidad de la conducta humana dentro del proceso; por ello cuando hablamos de buena fe procesal nos referimos a la conducta aceptada como normal por la mayoría de la sociedad, por lo que es evidente que no actúa de buena fe quien ejercita anormalmente un derecho con intención de dañar, ni el que lo hace con carácter antisocial, excediéndose de los límites normales, ni tampoco el que trata de burlar una norma, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo, es decir, actúa con abuso del derecho o en fraude a la ley. De tal forma que el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales deben enmarcarse en determinadas pautas de comportamiento las que deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Se destaca así que la licitud de lo pedido no debe tener otro objeto que ejercer el derecho

mal, excesiva, desmedida, pero sobre todo transgresora de aquellas conductas que se consideran contrarias a la buena fe.

226. Dentro del ámbito de convergencia de este concepto se presenta una variedad de supuestos. El Código Procesal Civil ha tratado de aglutinar en el artículo 112º, cuya aplicación supletoria se extiende al procedimiento penal, algunos de los supuestos más evidentes al señalar que:

"Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: [...]"

2. *Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;*
3. *Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;*
4. *Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;*
5. *Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;*
6. *Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y*
7. *Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación".*

Por su parte el literal 6 del artículo 112º del Código Civil señala que:

"Se considera que ha existido temeridad o mala fe (...) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

de defensa dentro de los márgenes que la ley permite. Debe anotarse que para que exista mala fe ha de constatare la presencia del *animus nocendi*, esto es, la voluntad consciente de dañar o perjudicar a alguna de las partes procesales. Se identifica así que la mala fe se materializa a través de fines concretos que atenten contra los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, al derecho de defensa o a la igualdad procesal y a un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable. La efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal pone en peligro el otorgamiento de una tutela procesal efectiva. En consecuencia, una actuación maliciosa es susceptible de romper este equilibrio de intereses que las leyes procesales establecen para hacer respetar la plena igualdad de trato entre los litigantes, por lo que se obliga al juez a evitar cualquier obstáculo que dificulte gravemente la situación de una de las partes con respecto de la otra. Desde tal comprensión, las actuaciones contrarias a la buena fe procesal son contrarias en la medida en que pueden conculcar los derechos fundamentales a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que el único límite para utilizar los medios que el procedimiento penal otorga, son si van contra la finalidad perseguida, toda vez que ello importa una manipulación abusiva de las propias técnicas de defensa que solo podrá ser deducida, evidentemente con gran dificultad de la carencia racional de finalidad del propio actuar procesal.

227. El Tribunal Constitucional considera que "resulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada *defensa obstruccionista* caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado".⁽⁷⁷⁾
228. No debe identificarse la mala fe con un solo ámbito de conducta, pues ello sería restringir las posibles conductas perjudiciales contra el procedimiento, por lo que no se trata de situaciones de hecho que puedan en la totalidad de situaciones circunscribirse a una supuesta normativa determinada.
229. La conducta procesal debe ser evaluada en función a lo que se entiende por *defensa obstruccionista*⁽⁷⁸⁾, esto es cuando se ha abusado del derecho a utilizar recursos⁽⁷⁹⁾ o los resortes procesales disponi-

⁷⁷ Exp. N° 4124-2004-HC/TC Lima, 29 de diciembre de 2004.

⁷⁸ Refiriéndose a la actividad procesal del interesado, se ha señalado que "resulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada *defensa obstruccionista* caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado". Exp. N° 4124-2004-HC/TC. Lima, 29 de diciembre de 2004.

⁷⁹ "En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del procesado, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada "*defensa obstruccionista*" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En consecuencia, "(...) la demora solo puede ser imputable al acusado si este ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento. En este orden de ideas, podría meritarse como *defensa obstruccionista* todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado." (Informe N° 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de

bles que prevé la ley, con el objeto de dilatar o atrasar el proceso penal.⁽⁸⁰⁾

iv. Todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

230. Dentro de este concepto debe considerarse los actos de dilación que tengan como finalidad perjudicar la investigación a través de la frustración de las diligencias programadas o los actos cometidos por el litigante temerario que busque alterar el normal desenvolvimiento del procedimiento ya sea mediante la destrucción, la sustracción de los elementos de prueba, o mediante la amenaza, coacción, soborno o engaño de los testigos u otros órganos de prueba.
231. Las conductas contrarias a los actos de investigación pueden comprender también actos que tengan por finalidad evitar que se descubra elementos probatorios que puedan ser incriminatorios; dentro de esta gama se encuentra las declaraciones del investigado que busquen distraer la investigación hacia otros ámbitos, proporcionar información incompleta, distinta o ajena a aquella que permita esclarecer los hechos.
232. Asimismo, es posible incluir como un elemento de retraso de la investigación no imputable al investigado, ciertas reticencias de los órganos funcionariales o de entidades del Estado, incluso de personas obligadas a brindar información. Dentro de este ámbito, el que prevé mayores dificultades es la búsqueda de información particularmente cuando se trata de información antigua. La dificultad radica en que

abril de 1999. Asimismo, Caso Wernhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2)". Expediente N° 969-2008. Resolución N° 2, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, 3 de noviembre de 2008.

⁸⁰ Las dilaciones indebidas están "dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que [si] bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Exp. N° 0376-2003-HC/TC. Lima, 7 abril de 2003.

los órganos de prueba, es decir aquellos a los cuales se les requiere información deben buscar en bancos de datos, archivos u otros mecanismos de almacenamiento que generalmente no se encuentra a disposición fácilmente. Así, por más que exista buena voluntad e interés en cooperar, nos encontramos ante un efectivo retraso no imputable al órgano de investigación.

B. Criterio objetivo

233. El criterio objetivo se centra en el concepto de complejidad. Al respecto afirma SAN MARTÍN CASTRO que "esto constituye un motivo absolutamente razonable y objetivo para introducir una pauta de diferenciación. La regla de la complejidad sería: a más complejidad, mayor será el tiempo que se invierta en la investigación y enjuiciamiento de un caso".⁽⁸¹⁾

234. La criminalidad en la administración pública es un fenómeno complejo y variable, responde a una diversidad de factores y motivaciones, se manifiesta con patrones diferenciados según la institución implicada, el lugar, la época y el medio social e involucra a todos los sectores de la sociedad, por lo que deben tenerse en cuenta los siguientes factores:

v. La naturaleza y cantidad de hechos investigados

235. La naturaleza y número de los hechos que se investigan son un factor gravitante para la determinación del retraso de las investigaciones, particularmente cuando se trata de investigaciones por delitos contra la administración pública, lesa humanidad, terrorismo, narcotráfico y en los casos de concursos de delitos que permitan calificar un determinado proceso como complicado.⁽⁸²⁾

⁸¹ SAN MARTÍN CASTRO, César E. "Plazos, causas complejas y derecho transitorio en el proceso penal". En *Actualidad Jurídica* Tomo 151, Agosto 2002, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág. 20.

⁸² En lo atinente a "la complejidad del asunto, este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que "para su valoración es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadlos, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil". Exp. N° 549-2004-HC/TC Lima, 21 de enero de 2005.

236. Las investigaciones realizadas en el subsistema anticorrupción tienen el carácter de complejas, ya sean porque a los investigados se les imputa más de un delito de corrupción de funcionarios, ya sea porque el tipo penal exige actos de prueba complejos, como son el caso de las pericias especializadas u otros actos de prueba que no estén al alcance del Fiscal.
237. La naturaleza del delito se relaciona además con la complejidad del hecho investigado, recordemos que al proceso penal lo que le interesa es el hecho histórico, es decir el hecho pasado seleccionado en un determinado sector de curso temporal.
238. Respecto del hecho objeto de imputación, se exige que este debe estar determinado con claridad y precisión para que pueda materializarse la relación jurídica procesal; se trata de una exigencia de los principios acusatorio y dispositivo, que se encuentran enmarcados en la teoría de la sustanciación, a la cual se adscribe nuestro Código Procesal Penal y según la cual la Disposición de Formalización debe contener una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existe.⁽⁸³⁾
239. La teoría de la sustanciación determina que los hechos fundamentales y gravitantes para actuar las normas cuya tutela se invoca, han de explicarse detalladamente en la pretensión, así la exposición de los hechos requiere identificar los elementos esenciales con la mayor minuciosidad posible los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión que se considera describen el hecho imputado, pero a su vez se exige que se diferencien los elementos accesorios de la imputación.
240. Desde la perspectiva, expuesta el valor procesal de la determinación del hecho imputado, es a su vez un requisito esencial para el ejercicio del derecho de defensa en juicio, por lo que la falta de demostración de la descripción del hecho genera una imposibilidad real de defenderse en juicio.

⁸³ El Tribunal Constitucional comparte este criterio al señalar que el derecho de defensa no se satisface "(...) únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirige, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación sea cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan (...)". Exp. N° 8125-PHC/TC Lima, 14 de noviembre de 2005.

241. En tal sentido los elementos que conforman el hecho procesal disponen la determinación jurídica de la pretensión acusatoria y las resistencias que se presenten en su contra.⁽⁸⁴⁾ Al respecto CLARIÁ OLMEDO considera que "la concreción del elemento objetivo de la imputación se muestra en la relación del hecho del cual se acusa. El relato debe ser claro, preciso, circunstanciado y específico. Esto significa que el relato debe entenderse sin dificultades por el hombre común: que debe ser completo, sin desarrollos inútiles o superabundantes que puedan confundir, pero captando la totalidad del hecho con expresión de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que sean relevantes para la ejecución, participación, encuadramiento penal y graduación de la pena, y deben enunciarse por separado cada uno de los hechos imputados en caso de complejidad objetiva. Deben distinguirse bien los distintos grados y formas de participaciones para cada imputado en caso de complejidad subjetiva".⁽⁸⁵⁾
242. La labor acotada representa un elemento de dificultad natural, pues los investigados por delitos de corrupción de funcionarios al tener una variedad de imputaciones, cada una de ellas requiere ser abordada individual y conjuntamente, esto significa, actos de investigación que tiendan a probar cada uno de los supuestos de hecho presentados, el grado de participación de cada involucrado, entre otros elementos que hacen compleja la investigación.
243. En los casos en que se investiga delitos contra la administración pública, la cantidad y complejidad de los hechos investigados que se refieren a diferentes marcos temporales es la regla, esto impide que las investigaciones puedan centrar su atención de manera unívoca, pues se trabaja con una diversidad de hipótesis, que ameritan un desarrollo cuidado, diestro y pulcro de todas las premisas, lo que conlleva mayor esfuerzo intelectual y material y como se entenderá repercuten en la finalización de las investigaciones.

⁸⁴ Para CARNELUTTI "la razón de la pretensión no es, pues, el hecho ni la norma jurídica, sino la afirmación de un hecho coincidente con la hipótesis legal de una norma jurídica, con lo cual se justifica la afirmada conformidad de la pretensión al derecho". CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tomo I. Editorial EJE, Buenos Aires, 1971, pág. 196.

⁸⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo III. Op. cit., pág. 31.

vi. La pluralidad de personas investigadas

244. El número o cantidad de personas investigadas o la pluralidad de agraviados, debe evaluarse desde las condiciones materiales del órgano de investigación para poder llevar a cabo las diligencias requeridas. Comportan especial dificultad los casos en que un mismo grupo de investigados son objeto de diferentes investigaciones en marcos temporales distintos, pues el mismo investigado que conoce de la existencia de múltiples investigaciones en su contra establece un patrón de actitud o de conducta hacia las investigaciones en las que se encuentra involucrado, así puede asumir una posición de defensa obstructiva de forma personal o puede ponerse de acuerdo con los otros involucrados para presentar una posición respecto de los hechos investigados que sea uniforme.
245. Otros factores a evaluarse son el momento de la comisión u ocurrencia del hecho punible investigado, pues a mayor tiempo de la ocurrencia de los hechos, mayor dificultad presenta la búsqueda y recolección de los elementos de prueba, ya sea como producto de un comportamiento del investigado u otros interesados en ocultar o alterar el cuadro probatorio, como también por los estragos que ocasiona un largo lapso de tiempo en la memoria de los involucrados y testigos y que genera un retraso en las investigaciones.
246. Los supuestos precitados se presentan en los casos que se ventilan en el subsistema anticorrupción, por lo que deben ser tomados como un factor negativo al normal desenvolvimiento de los actos de investigación y deben ser merituados a efectos de determinar la existencia justificada del retraso en las investigaciones.

vii. Los recursos con que se cuentan

247. El derecho al plazo razonable de las investigaciones debe examinarse en el contexto de la participación de los distintos organismos que intervienen y que participan de las investigaciones, las dificultades internas y las coordinaciones que puedan retrasar las investigaciones; la carencia de recursos humanos que afectan a la investigación, la capacitación y las garantías de que disponen los órganos de investigación para desempeñarse, así como la falta de recursos materiales y tecnológicos con los que no se cuenta y el retardo que se

genera por la no disposición de recursos especializados requeridos en cada caso en concreto.

248. Así, son factores a tomar en cuenta, la cantidad de personal asignado a las investigaciones, la disposición de infraestructura y otros medios logísticos que se requiera para poder cumplir con la investigación de forma eficiente.⁽⁸⁶⁾
249. Lo acotado constituye un grupo de factores que impide que las investigaciones contra la criminalidad organizada en los aparatos del Estado sean más eficientes, tanto en la búsqueda, recopilación y utilización de diversas fuentes de prueba que sean idóneas para que la investigación alcance su finalidad, que no es otra que la de determinar la responsabilidad penal de los imputados⁽⁸⁷⁾ a través de la búsqueda y recolección de elementos de prueba sobre las cuales realiza una actividad cognoscitiva, a efectos de que el órgano jurisdiccional aplique la ley sustantiva, una vez que han sido acreditados los medios de convicción de dicha responsabilidad.

2. Control del plazo de la investigación preliminar

250. La investigación preliminar está a cargo del Fiscal de la Investigación Preparatoria quien tiene el término de 20 días para realizar todos los

⁸⁶ "En relación a la actuación de los órganos judiciales, el Tribunal, en reiterada jurisprudencia (Caso Berrocal Prudencio, Expediente N° 2915-2004-HC/TC), ha sostenido que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45)". Expediente N° 969-2008. Resolución N° 2, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, 3 de noviembre de 2008.

⁸⁷ "Imputar en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva punible, en principio, está a su cargo (Policía o Fiscal). Se trata de un tipo de intervención que, obviamente no puede ser arbitraria, o responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que ha de contar con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación esta preordenada a la apertura de un trámite de esta clase". ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "Las garantías del imputado en el proceso penal". 1.<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>. pág. 14.

actos de investigación y de identificación de fuentes y elementos de prueba necesarios para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria.

251. El Fiscal podrá fijar un plazo distinto para las diligencias preliminares, es decir podrá excederse de los 20 días si las características, complejidad y circunstancias de los hechos investigados así lo ameritan, ello de conformidad con el artículo 334.2 del Código Procesal Penal.⁽⁸⁸⁾ Este plazo no forma parte del que corresponde a la Investigación Preparatoria.⁽⁸⁹⁾
252. De ampliarse el plazo de la Investigación Preliminar, este no podrá ser mayor de 120 días naturales en casos de investigaciones ordinarias, si se trata de investigaciones complejas el plazo de ampliación

⁸⁸ "El artículo 344.2° del CPP prevé que "quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda"; sin embargo, en el caso de autos, los siete imputados no han instado al juez de investigación preparatoria ninguna audiencia de tutela por afectación al derecho al plazo razonable, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza estrictamente *prestacional*, como lo ha precisado el autor López Barja de Quiroga (numeral 2.1), corresponde a quien se considere afectado denunciarlo, sea presentando una solicitud de control de plazo o en su defecto cuestionando el requerimiento de prórroga del mismo por su irracionalidad conforme a los criterios elaborados por la STC en el Expediente N° 549-2004-HC/TC (en la audiencia pública de prórroga solo estuvo presente el fiscal, pese a haber sido debidamente notificados los imputados), a efectos de permitir la reacción tutelar el Juez de Investigación Preparatoria, precisando que en aplicación del *principio de imparcialidad* no puede sustituirse en la aportación fáctica (hechos) o en las pretensiones de las partes, ello no obsta que de manera *excepcional*, el juez en su rol garantista *pueda intervenir de oficio in bonam partem* ante determinados supuestos previstos taxativamente en la ley procesal, cuando se verifique una *manifiesta* vulneración de los derechos fundamentales procesales del imputado, con independencia de la pasividad o negligencia de la defensa técnica del afectado, de ser el caso, por ejemplo, puede proceder de motu proprio, a la variación directa de las medidas de coerción procesal cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición (art. 255.2° del CPP), a la declaración de medios técnicos de defensa (art. 7.3° del CPP) o al sobreseimiento por cualquier causal legal (art. 352.4° del CPP), entre otros. De otro lado, incluso en el caso concreto del exceso del plazo máximo de la prisión preventiva, el juez *de oficio* (o a pedido las partes) *debe* decretar la libertad inmediata del imputado (art. 273° del CPP)". Expediente N° 969-2008. Resolución N° 2, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, 03 de noviembre de 2008.

⁸⁹ El Fundamento Séptimo, literal b) de la Casación N° 02-2008-La Libertad señala: "En ese contexto, *la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto*, el mismo que está sujeto a control, conforme dispone el inciso segundo del numeral ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal; control que tiene fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente del proceso". Casación N° 02-2008-La Libertad, Lima 3 de julio de 2008.

tiene que ser menor a los 8 meses, tal y como se puede inferir de la Casación N° 02-2008-La Libertad.⁽⁹⁰⁾

253. El delito de colusión se puede catalogar como de naturaleza compleja; en esta lógica es posible que las diligencias preliminares puedan extenderse hasta un plazo menor a los 8 meses; en todos los casos, corresponde al Fiscal emitir pronunciamiento antes del vencimiento del plazo ordinario, señalando las razones para la extensión del plazo de las diligencias preliminares.

254. Con respecto a partir de qué momento se da inicio y finalización a la investigación preliminar, el Tribunal Constitucional en el asunto GUTIÉRREZ DÍAZ:

"(...) ha precisado que el término inicial del cómputo del plazo razonable del proceso opera a partir del inicio de la investigación preliminar que comprende la investigación policial y/o la investigación fiscal; mientras que el término final opera en el momento en que la persona es notificada de la decisión definitiva que supone el agotamiento de los recursos. Sobre esta base, resulta obvio que la evaluación de cada uno de los criterios antes señalados deben ser analizados de manera especial y pormenorizada en el lapso de tiempo existente entre el término inicial y el término final, lo que debe ser exteriorizado en una decisión debidamente motivada, debiendo para ello el juez de la causa recabar información documentada si fuera el caso. Por último, cabe recordar que este Tribunal en el Exp. N° 5350-2009-PHC, FJ 40 ha precisado que si se constata la violación del derecho al plazo razonable del proceso, además de estimarse la demanda: i) se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso pe-

⁹⁰ El Fundamento Décimo Segundo: "Que, finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al Fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; que por lo demás, deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables, conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares *no podría*, en la hipótesis más extrema, *ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria* regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal". Casación N° 02-2008-La Libertad, Lima 3 de julio de 2008.

nal que, en un plazo máximo, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica, bajo apercibimiento de tenerse por sobreesido el proceso, y ii) se deberá poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes a los jueces que vulneraron el derecho al plazo razonable del proceso".⁽⁹¹⁾

255. Conforme a lo dicho, quien se encuentre perjudicado por los plazos ampliatorios irrazonables de la investigación preliminar establecidos por el Fiscal o que se apartan de las reglas de la razón, podrá incoar el control del plazo a efectos de que se determine su razonabilidad.
256. El cuestionamiento del plazo razonable de la investigación preliminar es una modalidad específica de la audiencia de tutela; el fundamento para cuestionar el exceso injustificado del plazo razonable puede alegarse directamente o en conjunto, sosteniendo vulneración al principio de interdicción de la arbitrariedad.⁽⁹²⁾
257. El fundamento jurídico para cuestionar el exceso en la duración de las diligencias preliminares se encuentra en el artículo 334.2 del Código Procesal Penal cuando señala que:

"Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la Disposición que corresponda. Si el Fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al Juez de la Investigación Preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El Juez resolverá previa audiencia, con la participación del Fiscal y del solicitante".

258. El pedido de que culmine la investigación preliminar es resuelto por el Fiscal de la Investigación Preparatoria, si este no acepta el pedido o establece un plazo mayor al considerado como razonable por el solicitante, podrá recurrir al Juez de la Investigación Preparatoria a

⁹¹ Exp. N.º 00739-2010-PHC/TC, La Libertad. Lima, 6 de enero de 2011.

⁹² El Tribunal Constitucional en el asunto Abanto Verástegui señaló que en "la investigación preliminar del delito a cargo del Ministerio Público excede el plazo razonable corresponde estimar la demanda por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, pues resulta irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial". Exp. N.º 06079-2008-PHC/TC Lima, 6 de noviembre de 2009. Asunto José Humberto Abanto Verástegui.

efectos de que se pronuncie en el plazo de 5 días sobre la razonabilidad del plazo de la investigación.

259. El juez de control de garantías o de la investigación preparatoria, "(...) ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad del domicilio, libertad personal, propiedad, etc.) de los supuestos procesales; garantizándoles una respuesta pronta e inmediata, bajo las reglas del control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia penal que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales".⁽⁹³⁾ Desde esta perspectiva el juez puede decidir:

- a) Declarar fundado el pedido de que se ponga término a las diligencias preliminares y conceder un plazo al Fiscal para que se pronuncie acorde a sus atribuciones.

En este supuesto, el Fiscal de la Investigación Preparatoria tiene las siguientes opciones:

- i) Disponer el archivo de la investigación preliminar.

En el caso que se archive, el denunciante requerirá en el plazo de 5 días, se eleve las actuaciones al Fiscal Superior quien debe pronunciarse en el plazo de 5 días, pudiendo ordenar se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda, esto quiere decir que:

- a. Se declara fundado el pedido, requiriendo al Fiscal inferior que emita Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, o
- b. Que se realicen las diligencias omitidas o que lleven a cabo las diligencias complementarias que el Fiscal Superior ordene.

- ii) Reservar provisionalmente la investigación si se ha omitido una condición de procedibilidad hasta que se cumpla con el requisito de procedibilidad, de conformidad con el artículo 334.5 Código Procesal Penal.

⁹³ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La audiencia de tutela de derechos del imputado". Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 21, marzo, 2011. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pág. 18.

- iii) Emitir Disposición de Formalización y Continuación.
- b) Declarar infundado el pedido del solicitante, convalidando el plazo ampliatorio dispuesto por el Fiscal, continuándose con la investigación preliminar.

3. Control de plazos de la investigación preparatoria

- 260. El plazo ordinario para la Investigación Preparatoria es de 120 naturales prorrogables 60 días más. (Art. 342.1 del Código Procesal Penal). Mientras que el plazo extraordinario de la investigación preparatoria, solo para casos de delitos complejos⁹⁴ es de 8 meses, prorrogables 8 meses más, conforme lo señala el artículo 342.2 del Código Procesal Penal.
- 261. El delito de Colusión es uno de naturaleza compleja en tanto que requiere la acreditación de un conjunto de elementos típicos de difícil probanza, la estructura del programa metodológico desarrollada por el Fiscal para identificar con claridad cada uno de los componentes típicos requerirá que articule diversos elementos a efectos de poder presentar de forma congruente una imputación.
- 262. Los presupuestos objetivos y subjetivos desarrollados deben servir para determinar en cada caso en concreto, si el plazo utilizado por el Fiscal es razonable a la complejidad de la investigación o si resulta excesivo de cara al avance de las investigaciones.
- 263. Vencidos los plazos, el Fiscal debe de concluir con la Investigación Preparatoria, si esto no ocurre, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. (Art. 343.2 del Código Procesal Penal). Admitido a trámite el pedido, el Juez convocará a audiencia de control del plazo, pudiendo resolver:
 - a. Ordenar la conclusión de la Investigación Preparatoria.- En este caso el Juez ordenará la conclusión de la Investigación Prepara-

⁹⁴ "Se considera proceso complejo cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucre una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado". Art. 342.3 CPP.

toria, concediendo al Fiscal plazo de 10 días para pronunciarse, teniendo este las siguientes alternativas: a) sobreseimiento; b) acusación.

- b. Concediendo al Fiscal un plazo para que culmine con las investigaciones.- En este caso el Juez puede convalidar el plazo establecido por el Fiscal de la Investigación Preparatoria o disminuirlo razonablemente acorde a las circunstancias.

XIII. MECANISMOS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN DENEGADOS POR EL FISCAL

264. Durante las diligencias preliminares y en el curso de la investigación preparatoria, las partes pueden utilizar todos los mecanismos que el Código prevé para ejercitar sus derechos.⁽⁹⁵⁾ Uno de ellos está referido a la participación de los abogados en las actuaciones probatorias. Al respecto el Tribunal Constitucional tiene dicho que:

"(...) el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso; y ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, no cualquier imposibilidad

⁹⁵ "(...) este Tribunal Constitucional considera que el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso constituye una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso. Asimismo, el ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión (STC. Exp. N° 6260-2005-HC/TC, caso Margi Clavo Peralta, FJ fundamento)". Exp. N° 01425-2008-PHC/TC Lima, 24 de setiembre de 2008.

de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. (Exp. N° 0582-2006-PA/TC; Exp. N° 5175-2007-HC/TC, entre otros)”⁹⁶

265. En el curso de la investigación, el Fiscal deberá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deban realizarse, salvo las excepciones previstas por Ley según lo establece el artículo 338.1 del Código Procesal Penal.
266. Si bien no se señala de forma taxativa en qué casos no debería permitirse la participación de la defensa, consideramos que dentro de estos supuestos se encuentran los actos de búsqueda de elementos probatorios, como se presentan en los casos de allanamiento (Art. 214 CPP), los actos especiales de investigación como la circulación y entrega vigilada de bienes, los casos de intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación (Art. 230.1 CPP), la incautación de documentos privados (Art. 233° CPP), el levantamiento del secreto bancario (Art. 325° CPP), el levantamiento de la reserva tributaria (Art. 236° CPP), aseguramiento; entre otros tantos, en los que se requiera la reserva de la investigación a efectos de que no se filtre información que ponga en riesgo la efectividad de los actos de investigación.
267. En todos aquellos supuestos en las que se realicen declaraciones del agraviado, del imputado, de los testigos, los peritos, la actuación de prueba anticipada, la realización de una pericia, entre otros, la defensa del imputado, así como de los demás sujetos procesales a través de sus abogados, tienen el derecho de participar y de requerir se realicen todas aquellas diligencias útiles y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, conforme lo establece el artículo 337.4 del CPP, para ello basta con que sean solicitadas al Fiscal de la Investigación Preparatoria, quien ordenará se lleven a cabo aquellas que considere conducentes.
268. Si el Fiscal rechaza la solicitud por inconducentes o por causal distinta, la defensa tiene abierta la posibilidad de solicitar que el Juez de la Investigación Preparatoria se pronuncie acerca de la procedencia

⁹⁶ Exp. N° 00616-2011-PHC/TC Lima, 14 abril de 2011.

de la diligencia. El Órgano Jurisdiccional resolverá inmediatamente en mérito de los actuados que le sean proporcionados por la parte agraviada o en su caso el Fiscal, conforme lo establece el artículo 337.5 del Código Procesal Penal.

XIV. LA AUDIENCIA DE TUTELA

269. El Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 señala en su fundamento undécimo que: "la finalidad esencial de la audiencia de tutela es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora".
270. No es posible el cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, más si los derechos recogidos en el artículo 71° del Código Procesal Penal que son:
- i) Conocimiento de los cargos incriminados.
 - ii) Conocimiento de las causas de la detención.
 - iii) Entrega de la orden de detención girada.
 - iv) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto.
 - v) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido.
 - vi) Defensa permanente por un abogado.
 - vii) Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado.

- viii) Abstención de declarar o declaración voluntaria.
 - ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso.⁽⁹⁷⁾
 - x) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad.
 - xi) No sufrir restricciones ilegales, y
 - xii) Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.
 - xiii) Por último, debe tomarse en cuenta que el artículo bajo comentario establece una cláusula abierta vinculada a la afectación concreta de derechos de naturaleza personal o de connotación procesal, por lo que la ampliación de los posibles ámbitos sobre los cuales pueden extenderse la protección de derechos fundamentales, debe ser interpretada de acuerdo a la Constitución, en tanto sea concordante con las preferencias constitucional mínimas relacionadas al juego de principios o derechos que afectan al derecho fundamental, las cuales están plasmadas en el contenido esencial de los derechos y en el umbral de satisfacción de los demás principios aplicables.
271. Es por ello que la Corte Suprema establece que "la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *status quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente

⁹⁷ "(...) el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: *una material*, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y *otra formal*, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso; y ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, *no* cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. (Exp. N° 0582-2006-PA/TC; Exp. N° 5175-2007-HC/TC, entre otros)". Exp. N° 05999-2008-PHC/TC Arequipa, 13 de abril de 2009.

cuando haya una infracción –ya consumada– de los derechos que asiste al imputado”.

272. De este modo, en salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.
273. Además, debe acotarse que este mecanismo o instrumento procesal que funciona como vía reparadora frente a un menoscabo sufrido por acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento de los derechos fundamentales constitucionales de las partes procesales como producto de requerimientos o disposiciones fiscales, puede utilizarse adicionalmente a los supuestos establecidos en el artículo 71º del NCPP, cuando el acto procesal cuestionado no tiene vía propia para la denuncia o control respectivo.
274. Por último, se podrá solicitar a través de la audiencia de tutela la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado.

XV. CIRCUNSTANCIAS IMPEDITIVAS DE LA ACCIÓN PENAL

1. La cuestión prejudicial

A. Concepto, alcance y características

275. El artículo 5º del Código Procesal Penal señala:

1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la investigación preparatoria, pese a que fuera necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.
2. Si se declara fundada, la investigación preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.
3. En caso de que el proceso extrapenal no haya sido promovido por la persona legitimada para hacerlo, se le notificará y requerirá

para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo, el Fiscal Provincial en lo Civil, siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. En uno u otro caso, el Fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.

4. De lo resuelto en la vía extrapenal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa.
-
276. Las cuestiones prejudiciales surgen cuando exista necesidad de suspender el proceso, porque el carácter del ilícito penal propio de la conducta que se atribuye depende de una cuestión que tiene que ser resuelto en otro proceso, que se desarrolla o se tiene que desarrollar autónomamente⁽⁹⁸⁾.
 277. Se estará ante una cuestión prejudicial o de prejudicialidad cuando la resolución de la cuestión principal requiere imprescindiblemente la propia resolución de una cuestión perteneciente a un orden jurídico diferente, en virtud de la existencia de un nexo lógico jurídico que une a ambas.⁽⁹⁹⁾
 278. En este sentido, NAVARRO y DARAY sostienen que la cuestión prejudicial es la prevista expresamente en la ley con la exigencia de que sea resuelta por el juez no penal, cuya decisión causa estado con respecto a la existencia o inexistencia del elemento del delito al cual se relaciona la cuestión no penal y debe ser resuelta en firme por el juez competente conforme a su naturaleza; de esta resolución dependerá la existencia del delito que ha de juzgar el juez penal, por el cual queda vinculada a ella.⁽¹⁰⁰⁾
 279. El fundamento directo o inmediato de las cuestiones prejudiciales supone la prevención de los efectos perjudiciales de la cosa juzga-

⁹⁸ CREUS, Carlos. *Derecho procesal penal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 48.

⁹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Segunda Edición, Tomo I, Editorial Grijley, Lima 2006, pág. 348.

¹⁰⁰ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl. *Código procesal penal de la nación. Análisis doctrina y jurisprudencia*. Volumen 1, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, 2006, pág. 83.

da, pues, si debido a la conexidad instrumental de las pretensiones penales, los tribunales decidieran las cuestiones prejudiciales a su antojo, sin respeto a las normas de jurisdicción y de competencia se vulneraría el principio de *non bis in idem*⁽¹⁰¹⁾. Pues el hecho de que la aparición de una cuestión prejudicial propicie siempre la realización de un doble enjuiciamiento, el de cuestión prejudicial por un lado y preliminarmente, y el de la cuestión principal, por otro, no hace que la prejudicialidad suponga un *bis in idem*⁽¹⁰²⁾.

280. El fundamento de la validez de esta institución jurídica procesal obedece también a orientaciones político criminales. Así, el motivo por el cual el legislador incluye en algunos tipos penales, además de los elementos normativos y descriptivos, relaciones jurídicas propias de otras ramas del Derecho, responde a la necesidad de un filtro jurisdiccional —en aplicación del principio de *ultima ratio*— la determinación de la pertinencia o impertinencia de la aplicación del Derecho punitivo en un caso especial.⁽¹⁰³⁾
281. Asimismo, existe un fundamento constitucional consistente en que la naturaleza de reenvío o devolutiva de las cuestiones prejudiciales, responde a una materia de legalidad ordinaria y de autonomía de las competencias jurisdiccionales consagradas constitucionalmente, y no solo a una suerte de especialización de los jueces.⁽¹⁰⁴⁾
282. En consecuencia, está referida a todo problema de naturaleza extrapenal que surge en el desarrollo del proceso y que requiere un esclarecimiento en otra vía, cuyo resultado es necesario para resol-

¹⁰¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial COLEX, Madrid, 2006, págs. 188, 189.

¹⁰² GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO, Cándido; GARBERI LLOBREGAT, José. *Los Procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*. Tomo I. Editorial José María Bosch. Barcelona, 2000, pág. 71.

¹⁰³ REYNA ALFARO agrega: "La cuestión prejudicial como medio técnico de defensa en el proceso penal es de aplicación al principio de *ultima ratio* al existir conductas que son gravosas, que el Derecho penal y el Derecho procesal penal deben esgrimirlo cuando resulte absolutamente necesario, ya que las partes en conflicto pueden tener el amparo de sus pretensiones ejerciéndolas por otros medios legales. Es decir, debe utilizarse el sistema integral del Derecho penal, como un último recurso o de estricta necesidad". REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*. Editorial Grijley. Lima, 2008, pág. 69.

¹⁰⁴ En este sentido, BALLBÉ MALLOL, Manuel y PADRÓS REIG, Carlos. *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*. Editorial THOMSON-CIVITAS, Madrid, 2004, pág. 24.

ver una cuestión vinculada con ella, tal como es el delito que se está investigando.⁽¹⁰⁵⁾

283. La cuestión que ha de resolverse es de naturaleza extrapenal, la misma que puede versar sobre aspectos del derecho privado como el civil, comercial, empresarial, o el derecho administrativo, cuya materia se constituye en un antecedente lógico de un elemento del tipo penal o de las circunstancias modificadoras (atenuantes o agravantes) de la responsabilidad penal.
284. No es exigible que el juez no penal determine el carácter delictivo del hecho, pues no le corresponde por especialidad y competencia, entonces, solo bastará que resuelva en definitiva el caso sin calificativo penal alguno, pero que vinculará la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria⁽¹⁰⁶⁾.
285. En esta misma línea, la Corte Suprema señala: "La vía administrativa no califica si un hecho es delito y carece de facultad coercitiva, pues las funciones son competencia exclusiva del órgano jurisdiccional"⁽¹⁰⁷⁾.
286. El criterio acotado es compartido por la jurisprudencia al señalar que: "la cuestión prejudicial procede cuando deba establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputado"⁽¹⁰⁸⁾.
287. Las cuestiones prejudiciales son cuestiones de carácter extrapenal lógicamente vinculados al proceso penal, cuya resolución condiciona esencialmente la determinación del injusto penal (elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y la ausencia de causas de justificación) determinante para catalogar a la conducta objeto del proceso penal como delictivo y susceptible de pena.⁽¹⁰⁹⁾

¹⁰⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal. Teoría y práctica*. Quinta Edición. Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 282.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Editorial IDEMSA, Lima, 2004, pág. 344.

¹⁰⁷ Ejecutoria Suprema. R. N. N° 2066-93. Lima, 29 de noviembre de 1993.

¹⁰⁸ Exp. N° 3682-2002-La Libertad, S.P., 13 enero de 2004, en: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Ob. cit., pág. 738.

¹⁰⁹ "La cuestión prejudicial procede cuando debe establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputando (en el caso de autos en la vía administrativa). Al declararse fundada, no anula la instrucción sino que solamente la suspende." Exp. 505-87-Ancash. Actualidad Jurídica, N° 182. Enero 2009. Editorial Gaceta Jurídica, pág. 217.

288. Lo prejudicial evoca la idea de que existe un fenómeno que se produce cuando para la decisión de fondo sobre un asunto concreto (objeto principal), atribuido legalmente al conocimiento de un determinado órgano jurisdiccional, es necesaria la decisión también de fondo, sobre otro asunto de distinta naturaleza integrado en aquél (objeto accesorio) que, aisladamente considerado, se hallaría atribuido al conocimiento de órganos de otro tipo o de otro orden jurisdiccional⁽¹¹⁰⁾.
289. Las cuestiones prejudiciales permiten encontrar los elementos de hecho integrantes de un requisito del tipo penal que precisan de una valoración jurídico material previa e independiente del objeto procesal, así como su consiguiente declaración por el tribunal del orden jurisdiccional competente, a fin de poder obtener la plena integración de la conducta típica⁽¹¹¹⁾.
290. Las cuestiones prejudiciales requieren para su validez de una resolución previa de otro juez y debiendo atenerse estrictamente a la resolución dictada. La resolución judicial extrapenal deberá tener el carácter de imprescindible para la decisión, de modo que condicione directamente el contenido de esta, provocando la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.⁽¹¹²⁾
291. En este sentido, las cuestiones prejudiciales pueden ser no devolutivas y devolutivas. Las primeras se presentan cuando la cuestión puede ser resuelta por el propio juez penal; las segundas, cuando debe encomendarse a otro órgano jurisdiccional con competencia genérica y objetiva para pronunciarse sobre la cuestión y en el proceso adecuado a la misma⁽¹¹³⁾.

¹¹⁰ MORENO CATENA, Víctor; COQUILLAT VICENTE, Ángela; DE DIEGO DÍEZ, Alfredo; JUANES PRECES, Ángel; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio. *El proceso penal*. Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 631.

¹¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Ob. cit., p. 187.

¹¹² "La cuestión prejudicial es el ejercicio de una acción dirigida al juez extrapenal para que con antelación y aplicando los medios y sistemas probatorios, resuelva la acción civil que se tramita en su jurisdicción, apreciando y valorando los documentos que han sido tachados y una vez dictada la resolución deberá volver al juez penal a fin que se pronuncie sobre la denuncia". Exp. N° 439-88. Corte Superior de Justicia de Lima. Actualidad Jurídica, N° 182, Enero 2009, Editorial Gaceta Jurídica, p. 217.

¹¹³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Ob. cit., p. 344.

B. La cuestión prejudicial de naturaleza penal en procedimiento extrapenal

292. Referente a la cuestión prejudicial de naturaleza penal en procedimiento civil, el artículo 10° del Código Procesal Penal señala:

1. Cuando en la sustanciación de un proceso extra-penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública, el Juez, de oficio o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes.
2. Si el Fiscal, luego de las primeras diligencias decide continuar con la Investigación Preparatoria lo comunicará al Juez extra penal, quien suspenderá el proceso, siempre que considere que la sentencia penal pueda influir en la resolución que le corresponde dictar".

293. La obligación que tienen los jueces civiles cuando en un juicio que conocen por su competencia se enteren o tomen conocimiento de la existencia de indicios de que se ha cometido un ilícito penal, denunciarán ante el Ministerio Público para que inicie las investigaciones correspondientes.⁽¹¹⁴⁾ La orden de suspensión de tramitación civil solo tendrá efecto cuando el Fiscal de la Investigación Preparatoria haya iniciado la acción penal.

294. El Fiscal Penal, no obstante, no está obligado a formalizar la denuncia ante el juez penal por el sólo mérito de tal comunicación, sino deberá analizar y apreciar los hechos y, si es el caso, decidirá no formalizar denuncia.

295. De otro lado, el Fiscal es el titular de la acción penal, aun cuando la ley no lo diga y el juez civil no sea inculcado o agraviado, este puede recurrir en queja al Fiscal Superior si no ha sido amparada su denuncia por el de la Investigación Preparatoria. Con este objeto, el Fiscal de la Investigación Preparatoria deberá comunicar al juez extrapenal su decisión de no incoar la acción penal⁽¹¹⁵⁾.

¹¹⁴ "El hecho o acto jurídico generador de la cuestión prejudicial debe ser anterior, preexistente al hecho instruido, de modo que incida en su antijuridicidad y no, como en el presente caso, que resulte consecuencia de su irregular proceder." Exp. N° 2431-98-A. Actualidad Jurídica, N° 182. Enero 2009, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 217.

¹¹⁵ HURTADO POZO, José. *El Ministerio Público*. Editorial EDDILI S.A. Lima, 1984, pág. 236.

C. La cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal en procedimiento penal

296. La cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal en procedimiento penal se sustenta en el artículo 5º del Código Procesal Penal cuando señala que:

"(...) procede cuando el fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese que fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho imputado".

297. La cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal en procedimiento penal está constituida por el acto jurídico o relación jurídica o estatus jurídico preexistente que, en algunos casos, está vinculado en función de antecedente-consecuente con el hecho materia del procedimiento penal, por lo que aquel implica la necesidad de que sea resuelto en la "vía extra-penal" para el posterior esclarecimiento de algún "elemento constitutivo del delito" en el caso concreto (objeto del proceso penal en el que se la interpone)⁽¹¹⁶⁾.

D. Requisitos configurativos

298. Los requisitos que se exigen para que pueda deducirse la cuestión prejudicial son:

- a. **Valoración previa e independiente del objeto principal de la imputación.** - Las cuestiones prejudiciales son elementos de hecho que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal. Tales elementos de hecho pueden integrar el fundamento del título de imputación o en una prestación autónoma, pero conexa e instrumental de la principal⁽¹¹⁷⁾.

Estando ante el primer caso, por ejemplo, en el delito de hurto tipificado en el artículo 185º del Código Penal, pues tendrá que determinarse previamente la ajenidad de la cosa; y en el delito de apropiación ilícita (artículo 190º del Código Penal) se debe determinar la relación de entrega del bien. Estando en el segundo supuesto, por ejemplo, en el delito de receptación (artículo 194º

¹¹⁶ MIXÁN MASS, Florencio. *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal*. Segunda Edición, Ediciones BLG, Trujillo, 2000, pág. 117.

¹¹⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*, Ob. cit., pág. 187.

del Código Penal) se tendrá que determinar previamente que las cosas sobre las que recae proceden de la comisión de un delito.

- b. **Existencia de un juicio previo de relevancia.**- Las cuestiones prejudiciales deben ser relevantes para el enjuiciamiento del objeto procesal, esto es, de la pretensión penal con respecto a la cual guardan conexión o dependencia. Respecto a cuestiones prejudiciales, lo que se somete a consideración de un juez de otro orden jurisdiccional o del propio tribunal penal es un hecho que precisa ser valorado jurídicamente con arreglo al derecho material que le es propio, pero cuya valoración ha de ser imprescindible o necesaria para la correcta integración del objeto procesal, sin el cual el tribunal decidor no podría resolver jurídicamente la pretensión penal⁽¹¹⁸⁾. Por lo tanto, el juez civil suspenderá el proceso y pondrá en conocimiento de la cuestión al juez de la Investigación Preparatoria, cuando la decisión del juez penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.
- c. **La valoración jurídica debe darse de acuerdo al derecho material.**- Tales hechos que integran un título de imputación o fundamentan una pretensión, precisan de una valoración jurídica con arreglo a normas del derecho material y consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal⁽¹¹⁹⁾.
- d. **La competencia para valorar conforme al derecho material.**- La competencia para valorar con arreglo a las normas del correspondiente derecho material ha de corresponder, como regla general, al tribunal del orden jurisdiccional competente (civil, penal, laboral o contencioso-administrativo). En definitiva, solo a los tribunales integrados en su orden jurisdiccional les corresponde el conocimiento de las cuestiones que les son propias.

299. En el caso del delito de colusión, la cuestión prejudicial se puede dar respecto a la existencia de un proceso de naturaleza civil o contencioso administrativo, en la que se discuta alguno de los elementos fácticos que tengan incidencia sobre los presupuestos configurativos

¹¹⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Ob. cit., págs. 187, 188.

¹¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Ibidem.*, pág. 188.

del tipo penal, en tanto el órgano extra penal tenga competencia para decidir sobre dicho ámbito.

XVI. LAS EXCEPCIONES: CONCEPTO Y CLASES

1. Las excepciones en general

300. En su sentido más amplio, la excepción es un tipo de oposición⁽¹²⁰⁾ que puede formular el sujeto pasivo de la acción penal contra la pretensión articulada en su contra. De este modo, la excepción es una potestad de carácter jurídico que habilita al imputado a formular declaraciones tendientes a que la actuación en su contra sea desestimada por el órgano judicial o para evitar el progreso de la acción penal.
301. Las excepciones habilitan la oposición, contradicción o discusión desde la perspectiva de hecho, motivo o título jurídico de la acción penal imputada al sujeto procesal accionado, a través de la introducción de circunstancias impeditivas, extintivas o modificativas al nacimiento, desarrollo o continuación de la relación jurídica procesal, evitando con ello que se reconozca la exigibilidad, efectividad o que se desvirtúe el efecto jurídico perseguido por la acción penal.⁽¹²¹⁾
302. CLARÍA OLMEDO señala que "la excepción (...) es un poder amplio cuyo ejercicio corresponde a quien es demandado o imputado en un proceso judicial, y que se satisface mediante la presentación de cuestiones jurídicas (simple negativa o afirmaciones) opuestas a las postuladas por el actor o acusador mediante el ejercicio de la acción. Dicha postura permite hablar sin dificultad de la pretensión del demandado o imputado en cuanto contenido de la excepción, la que

¹²⁰ Las oposiciones se clasifican, desde el punto de vista de su contenido, en negaciones y excepciones; y desde el punto de vista de los efectos que producen, en dilatorias y perentorias. Las primeras, de prosperar, dilatan el proceso; las segundas procuran el rechazo definitivo de la pretensión penal.

¹²¹ La defensa de forma (...) puede tener dos aspectos: a) negación de los hechos en los cuales funda su razón el demandante; b) negación de los fundamentos de derecho (...) En este sentido puede hablarse de defensa de hecho y defensa de derecho o de defensa material (afirmación de la inexistencia de los hechos). Cuando el demandado se limita a negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o a afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión del demandante, pero no existe excepción". DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "De la excepción". En *Revista Jurídica* N° 12, Bogotá, octubre de 1947, pág. 281.

con el ejercicio de esta no es exhibida para que se resuelva si corresponde o no decidir sobre el fundamento de la pretensión del actor (inadmisibilidad), y en caso afirmativo decidir si este (el actor) tiene o no razón (fundabilidad). Así es como la excepción deja ya de ser la resistencia de hecho al ataque directo del titulado acreedor. Este cambio o superación es el que proporciona el carácter jurídico a la excepción procesal, cuya eficacia se proyecta a lo largo del proceso ante el órgano jurisdiccional".⁽¹²²⁾

2. Clasificación de las excepciones

303. Las excepciones se clasifican desde el punto de vista de los efectos que producen, en dilatorias y perentorias:

- a) Excepciones perentorias.- Las excepciones perentorias tienen por finalidad lograr la regularidad de la relación procesal. Al respecto señala DEVIS ECHANDÍA citando a CHIOVENDA que "son las que anulan definitivamente la acción"⁽¹²³⁾, es decir, se dirigen contra lo sustancial de la acción penal, ya sea desconocer la existencia de la relación jurídica procesal, afirmar su extinción o para impedir que se produzca sus efectos en este proceso; en todos los casos, de declararse fundado, el proceso es sobreseído definitivamente, lo que provoca que se extinga la acción penal, impidiendo el entrar a un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión.

En este caso, las alegaciones del imputado se refieren a la falta de presupuestos procesales, que pueden ser extintivos o impeditivos de la acción penal, de modo que de declararse fundada la excepción, conlleva la imposibilidad de entrar a debatir el fondo de la cuestión, o sea que tiene el efecto de extinguir el proceso.

- Son extintivos cuando eliminan los efectos del actuar prohibido por la norma, tal es el caso de la excepción de prescripción, cosa juzgada y amnistía.
- Son impeditivos cuando las alegaciones de hechos impiden que la acción penal produzca normalmente sus efectos; por ejemplo, la excepción de improcedencia de acción.

¹²² CLARÍA OLMEDO, Jorge. "La excepción procesal". Revista de Estudios Procesales de Rosario. Año VII, N° 26, pág. 11.

¹²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "De la excepción". En *Revista Jurídica* N° 12, Bogotá, octubre, 1947, pág. 287.

En ambos supuestos, se trata de alegaciones que inciden en el fondo de la cuestión; no se niegan los hechos constitutivos de la pretensión penal, sino que se alega hechos obstativos o excluyentes de la continuación del proceso y su finalización mediante una sentencia.

La resolución consentida o ejecutoriada que declare fundada una excepción perentoria tiene como efecto principal el anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso, beneficiando a los demás imputados aun cuando no han interpuesto la excepción o se han adherido a ella, siempre que se encuentren en igual situación jurídica.

- b) Excepciones dilatorias.- Las excepciones dilatorias, temporarias o retardantes, señala DEVIS ECHANDÍA citando a CHIOVENDA, son "las que excluyen la acción como actualmente existen"⁽¹²⁴⁾, en este sentido, no tienen por objeto cuestionar el fondo de la pretensión o lo sustancial de la pretensión, "solo producen la suspensión transitoria del proceso hasta que este sea saneado, es decir se salve el obstáculo mediante el cumplimiento de lo omitido o de la corrección del defecto, es decir que tiene un efecto paralizante".⁽¹²⁵⁾

Las excepciones dilatorias suspenden o paralizan el proceso hasta que se depure o se subsane el vicio o las deficiencias que afectan la relación procesal; en este sentido buscan que se cumpla con la etapa del proceso previa para su depuración y control de los presupuestos procesales necesarios para la validez y eficacia del mismo.

De este modo, solo hacen perder a la acción penal su eficacia inmediata, mas no impiden la continuación del proceso, una vez que sean eliminados los defectos de que adolecía.

La suspensión del proceso que acarrea la interposición de una excepción dilatoria no conlleva la pérdida de competencia del juez de la investigación preparatoria para resolver otras cuestiones que no se encuentren conexas con la excepción deducida.

¹²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "De la excepción". Loc. cit., pág. 287.

¹²⁵ CLARÍA OLMEDO, Jorge. "La excepción procesal". Revista de Estudios Procesales de Rosario. Año VII, N° 26, pág. 28.

Las excepciones dilatorias deben ser postuladas tan pronto se tomó conocimiento de su existencia, es decir a partir de la notificación de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preliminar, teniendo como límite la fase intermedia. Ejemplo de una excepción dilatoria, es la de naturaleza de juicio.

304. Es posible plantear diferentes tipos de excepciones de forma sucesiva, sean estas dilatorias y/o perentorias en el mismo proceso, fundadas en diferentes causales, al tratarse de un mecanismo de defensa, teniendo como única limitación el no poder replantear como excepción perentoria una cuestión ya opuesta como dilatoria y desestimada por el juzgador.

3. La excepción de improcedencia de acción

A. Concepto, naturaleza y fundamento

305. La Excepción de Improcedencia de Acción se encuentra regulada expresamente por el Código Procesal Penal en el artículo 6º literal b) cuando señala que procede la excepción de:

Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

306. Para abrir investigación preliminar basta solo con identificar la tipicidad del hecho y su adecuación a alguna de las conductas que la norma penal sanciona; sin embargo, a medida que el proceso transcurre, es menester identificar en la investigación preparatoria con precisión cada uno de los elementos del tipo penal invocado en el que se incluye los cuatro componentes esenciales establecidos por la teoría del delito, como son:

- i. La tipicidad.
- ii. La antijuridicidad.
- iii. La culpabilidad y,
- iv. La punibilidad.

307. De no presentarse en forma conjunta cada uno de los elementos del delito, el hecho imputado no puede ser constitutivo de delito, ello trae como consecuencia la desestimación de la continuación de la acción penal a través de una resolución de sobreseimiento.

308. En esta lógica, la excepción de improcedencia de acción es una forma especial de la defensa del accionado, que tiene por finalidad la conclusión o extinción de la acción penal a través de la emisión de una resolución que sin versar sobre el fondo de la controversia (entendido esto como un pronunciamiento sobre los hechos con contenido penal cuya realidad se afirma), se pronuncia sobre los elementos estructurales de la imputación jurídica penal.
309. Así, el excepcionante se opone a la acción penal, introduciendo contra la pretensión planteada por el titular de la acción penal, una discusión sobre alguno o sobre todos los requisitos de la pretensión invocada, de modo tal que estas nuevas circunstancias que pueden ser impeditivas o extintivas, tienen el efecto jurídico de aniquilar la pretensión sustancial del actor.
310. Puntualmente, la excepción de improcedencia de acción es un medio de defensa⁽¹²⁶⁾ y de contradicción del ejercicio de la acción penal⁽¹²⁷⁾, y busca la finalización o extinción anticipada del proceso⁽¹²⁸⁾ a través de una resolución de sobreseimiento definitivo.
311. Desde una lectura constitucional, la excepción de improcedencia de la acción puede ser considerada como el derecho que tiene todo imputado de solicitar que se archive definitivamente los actuados, porque los hechos materia de investigación no constituyen delito o son nulos de contenido criminal. Es por tal razón la fuerte relación que existe entre este medio de defensa con el principio de legalidad

¹²⁶ "En este sentido la jurisprudencia señala: Se consigna que el artículo 6°, literal b, numeral 1 del Código Procesal Penal donde indica que esta resulta viable cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente [...]. El artículo 7° del nuevo Código Procesal Penal, legisla sobre la oportunidad de los medios de defensa, como es el caso de la excepción de improcedencia de la acción, señalando que la misma puede ser planteada una vez [que] el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones (formalización de la investigación), y se resolverá necesariamente antes de culminar [la] etapa intermedia, autorizando además que pueda ser deducido en la etapa intermedia, conforme al artículo 350°.1.d, del Código adjetivo, [cuando no ocurre esto y se deduce] en la etapa de juzgamiento que no corresponde a un nuevo modelo procesal penal, [...] debe ser declarado improcedente dicho medio de defensa [nuevo Código Procesal Penal]". Exp. N° 0060-2007-Huacho, sentencia de 4 de mayo de 2007, S.P.P., en CD JuS-Data Jurisprudencia 1.

¹²⁷ GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de derecho procesal penal*, EDDILI. Lima, 1984, pág. 37 y ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho procesal penal*. Jurista Editores, 2005, pág. 267.

¹²⁸ ARANA MORALES, William. "De la excepción de naturaleza de acción a la excepción de improcedencia de acción en el proceso penal peruano". *Actualidad Jurídica*, Tomo 152, Lima, 2006, pág. 132.

penal, reconocido en el artículo 2º, numeral 24, literal “d” de la Constitución.

312. En este sentido, la misión de la excepción de improcedencia de acción es defender el cumplimiento real del principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, pues mal se haría perseguir penalmente una conducta que no está prevista en la ley penal como punible. Asimismo, por un criterio de justicia material, no existe razón alguna para que el proceso penal ya iniciado siga desplegando sus efectos, sino consecuentemente, la causa iniciada con tan grave vacío debe anularse⁽¹²⁹⁾.
313. Para la configuración de la excepción de improcedencia de acción se requiere dos requisitos: uno material que, a la vez, se bifurca en dos supuesto –que los hechos denunciados no constituyan delito o que no sea justiciable penalmente– y, otro presupuesto de carácter procesal.
314. Es necesario señalar que en el antiguo Código de Procedimientos Penales la presente materia jurídica tenía el *nomen iuris* de excepción de naturaleza de acción. Algunos consideran que únicamente se presenta una variación terminológica.
315. Creemos que sí existe una diferencia a nivel procesal, pues con el término de improcedencia de acción se da mejor cuenta a su respectiva naturaleza jurídica; es decir, que mediante esta excepción no se cuestiona la acción en sí misma, sino la precedencia o improcedencia de la acción en el caso concreto. Sin embargo, a nivel sustancial no existe ninguna distinción, ya que el alcance o los presupuestos para su aplicación no varían. Este elemento de configuración se refiere, exclusivamente, a dos categorías del Derecho penal material como son el delito y la punibilidad.
- a) El término “delito” debe ser entendido como un injusto culpable; que para ser tal, requiere de la imputación objetiva, imputación subjetiva y que no medien causas de justificación sobre la conducta típica y que el sujeto activo sea una persona con capacidad penal para responder.
 - b) La punibilidad debe ser entendida como restricción de pena, referida a causas objetivas de penalidad y las excusas absolutorias.

¹²⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Ibíd.*, pág. 350.

316. El fundamento de la excepción de improcedencia de acción radica en evitar que las causas se tramiten ilegítimamente por carecer la relación jurídica procesal de un requisito: ausencia del objeto de la relación jurídica procesal válida por haberse asignado a los hechos una naturaleza o apreciación delictiva insubsistente en la realidad. Este error de apreciación se puede presentar tanto en el juez penal como en el fiscal de la investigación preparatoria (cuando formaliza disposición de la investigación preparatoria) por un hecho que no tiene carácter o contenido penal⁽¹³⁰⁾.
317. La excepción de improcedencia de acción tiene básicamente dos fundamentos: uno de carácter general y otro de carácter particular. El primero está referido a los principios que se persiguen con la regulación de las excepciones de naturaleza de juicio, de prescripción, de amnistía, de cosa juzgada y obviamente de la excepción de improcedencia de acción. Estos principios básicamente son: el principio de economía procesal, el de celeridad procesal y el de regularidad procesal⁽¹³¹⁾.
318. Sobre el fundamento de carácter particular, se puede señalar que en la excepción de improcedencia de acción, a diferencia de lo que sucede con las demás excepciones, se basa en el principio de legalidad recogido en la Constitución.

B. Alcance y límites doctrinales y jurisprudenciales

319. La excepción procesal de improcedencia de acción se encarga solo de advertir vicios de fondo referentes a una incorrecta valoración del hecho, en el sentido que la conducta materia de investigación preparatoria o de acusación no constituye delito o no sea justiciable penalmente.⁽¹³²⁾

¹³⁰ Vid. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, pág. 350, quien agrega además: así "como lo exige el artículo 77° de la ley procesal".

¹³¹ Jurisprudencia Procesal Penal Comentada. "La excepción de naturaleza de acción", en *Actualidad Jurídica* N° 138, mayo, 2005, pág. 133, en donde además se agrega que: "El principio de economía procesal, en tanto y en cuanto significa ahorrar un conjunto de actos procesales que se hubieran tenido que realizar de no existir esta institución. El principio de celeridad procesal, porque la excepción posibilita poder obtener una resolución judicial en los plazos razonables. El principio de regularidad procesal, en tanto la excepción regulariza el estado del proceso, extinguiendo la acción en caso de que se cumplan con sus presupuestos exigidos".

¹³² "Conforme lo prevé el artículo 6° del Código Procesal Penal, la improcedencia de la acción procede: a) cuando el hecho denunciado no constituye delito, es decir que se investiga y se procesa por una conducta que no está prevista o descrita como delito en la ley penal,

320. No alcanza su aplicación para analizar cuestiones como el caso de una incorrecta tipificación de los hechos (v. gr., la conducta no es subsumible en el tipo penal de robo, pero sí en el tipo penal de hurto) o cuando se trata de cuestiones específicas que pertenecen a la finalidad misma del proceso penal, (ejemplo, buscar mediante esta excepción la no responsabilidad penal por no ser él el autor del delito o porque no existen medios de prueba suficientes que acrediten su responsabilidad penal); por último, no es un mecanismo en la cual se pueda abordar aspectos referentes a la valoración o no de medios de prueba. En estos últimos casos, la deducción de este medio de defensa será declarada infundada.⁽¹³³⁾
321. Al respecto señala CLARÍA OLMEDO "en materia penal, esta modalidad para controvertir la pretensión del órgano acusador se manifiesta en las circunstancias que elimina la responsabilidad criminal con respecto a un hecho que aparece encuadrado en una figura delictiva. Por ejemplo, se afirma una causa de justificación, de inimputabilidad, de exculpación o una excusa absolutoria para evitar la punibilidad con respecto al hecho cuya comisión se acepta. También puede referirse a la modificación del tipo delictivo, al modo de la participación, al grado de tentativa o de concurso delictivo, etc."⁽¹³⁴⁾

de donde se infiere que la conducta denunciada sería atípica, el mismo que guarda relación con la garantía Constitucional del Estado contenida en el artículo 2º inciso 24 párrafo d) que se refiere que nadie será procesado o condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; es decir, una conducta humana no constituye delito, ya sea porque no existe aún la ley que prevé el caso o porque el suceso no se adecua a la hipótesis de una ley penal preexistente; b) que, asimismo procede esta excepción cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente, es decir que un acto es justiciable cuando puede o debe ser sometido a conocimiento y decisión de los jueces, y así todo acto delictuoso es necesariamente justiciable penalmente, y a contrario sensu no justiciable penalmente son los que no requieren de la intervención del juzgador para su solución, y como consecuencia de ello un acto atípico tampoco es justiciable penalmente". Exp. N° 1383-2006-Huacho, Sentencia de 12 abril de 2007, S.P.P., en CD JuS-Data Jurisprudencia 1.

¹³³ "Procede esta excepción en dos casos: a) cuando se trata de hechos que no constituyen delito, es decir, que el caso no esté previsto como tal en la ley penal, por cuanto lo que se busca es proteger el principio de legalidad, y b) cuando se trata de hechos que no son justiciables penalmente, si bien todo hecho que no constituye delito no puede ser justiciable penalmente, se redunda para dejar expresa constancia que ante los hechos que merecen ser ventilados por otra vía, procede esta excepción". Exp. N° 1328-97-Lima, Ejecutoria Suprema de 1 de junio de 1998, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial 1998-2000*, Editorial Grijley, Lima, 2000, pág. 431.

¹³⁴ CLARÍA OLMEDO, Jorge. "La excepción procesal". Revista de Estudios Procesales de Rosario. Año VII, N° 26, pág. 30.

C. Supuestos de procedencia

322. Los supuestos en que se puede deducir una excepción de improcedencia de acción, según lo dispuesto en el artículo 6° del Código Procesal Penal, son dos: Cuando el hecho no constituye delito y cuando el hecho no es justiciable penalmente.

C. 1. Cuando el hecho no constituye delito

323. El primer supuesto se presenta de manera general, cuando una conducta no constituye delito porque no existe una ley penal que prevé el caso como delito o porque dicho supuesto de hecho no se subsume de manera total en los presupuestos que el tipo penal exige, conformándose una causa de atipicidad⁽¹³⁵⁾.
324. El primer párrafo de la norma acotada comporta la existencia de un comportamiento no calificable desde un punto de vista jurídico penal, al no existir marco penal de referencia en el cual pueda subsumirse los hechos invocados, en este supuesto estamos ante un caso de carencia de acción. El segundo párrafo se refiere a que en la conducta del imputado no se presentan los elementos subjetivos y objetivos necesarios para poder calificar que su proceder se adecua a cada uno de los elementos del tipo penal invocado.⁽¹³⁶⁾
325. El segundo supuesto se presenta cuando la conducta es delictiva, pero no es justiciable penalmente o bien puede ser justiciable en otra vía distinta al del ámbito penal. No obstante, no será justiciable penalmente porque concurre a favor del imputado una condición objetiva de punibilidad o la acreditación de alguna o varias excusas absolutorias de la responsabilidad penal.
326. Para determinar cuándo una conducta constituye delito es necesario realizar un estudio analítico de sus elementos materiales que lo configuran, es decir, debe comprobarse la existencia de un comporta-

¹³⁵ MIXÁN MASS, Florencio. *Ibidem*, pág. 44 y SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Ibidem*, pág. 350.

¹³⁶ "Un primer supuesto jurídico para amparar la excepción de naturaleza de acción es que el hecho denunciado no constituya delito, esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta), o que no se adecue a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y preexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa)". R.N. Exp. N° 2798-2003-Tumbes, Sentencia de 16 de agosto de 2004, S.P.P., en: SAN MARTÍN CASTRO, César E. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Ob. cit., pág. 739.

miento, la presencia de la imputación objetiva y subjetiva (tipicidad), la no existencia de una causa de justificación (antijuricidad) y la imputación personal (culpabilidad).

327. Necesariamente tienen que concurrir los elementos conformadores de la teoría del delito, si faltara una de ellas no se acreditará su existencia en su contenido material⁽¹³⁷⁾; en esta lógica, la excepción de improcedencia de acción realiza una depuración y control de los presupuestos procesales necesarios para la validez y eficacia de la pretensión penal.
328. Hay autores que opinan que la excepción de improcedencia de acción solo procede contra el injusto y no frente a la culpabilidad de acción. Esta posición la creemos desacertada en tanto que la norma procesal penal utiliza el término "delito", el mismo que según la doctrina penal mayoritaria, exige la concurrencia conjunta de cuatro elementos materiales, a saber:
 - a. La conducta o comportamiento humano.
 - b. La tipicidad.
 - c. La antijuridicidad y,
 - d. La culpabilidad penal⁽¹³⁸⁾.
329. El delito de colusión sanciona aquellos acuerdos entre funcionario público y particular tendiente a defraudar el patrimonio del Estado, encontrándose previsto en el artículo 384° del Código Penal modificado por Ley N° 29758:
330. Para postular una excepción de improcedencia de acción hay que determinar qué presupuestos objetivos y subjetivos no concurren en la conducta imputada. Basta con que un elemento conformador del tipo penal no se encuentre presente para establecer la ausencia de responsabilidad penal.

¹³⁷ "(...) en los términos de la imputación fiscal, no puede colegirse que una contratación irregular genere indicios de un interés económico. Interesarse significa mostrar especial atención por un acto administrativo a fin de favorecerse económicamente. En el presente caso, la contratación irregular de alguien no puede determinar *per se* la obtención de un interés de esta naturaleza, debiendo reconducirse en todo caso la imputación en otro tipo penal". Exp. N° 070-2008-C. Quinta Sala Penal Especial. Lima, 24 de setiembre de 2009.

¹³⁸ Ver por todos BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tercera Edición, Editorial EDDILI, 2005, pág. 113 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley, 2009, págs. 227, 228.

331. Así, dentro del aspecto objetivo hay que determinar si en el caso concreto nos encontramos ante un funcionario público, acudiendo para ello a normas administrativas o al artículo 425° del Código Penal, que establece una clasificación de funcionario público; además, deberá recaer sobre él la competencia –poder de decisión– sobre la contratación en representación del Estado. Estas exigencias se derivan del propio tenor del tipo penal, cuando expresa: « *interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo* ».
332. Un similar planteamiento –no como infracción de deber– ocurre en la intervención necesaria del particular, pues también requiere una característica especial, que es el reconocimiento de su capacidad para contratar con el Estado, de lo contrario podría fundamentarse la ausencia de configuración del tipo penal de colusión, pudiendo ser transferido a otro tipo penal.
333. Si nos encontramos ante un funcionario competente y un particular validado para contratar con el Estado, se podrá buscar la ausencia de responsabilidad en los criterios que forman la columna vertebral del delito de colusión, como son los criterios de concertación y defraudación. Frente al primero se exige un acuerdo bilateral, no podrá configurar delito de colusión por ausencia de concertación si solo el funcionario público busca defraudar al Estado, sin participación del particular, o viceversa.
334. Procederá también ausencia de responsabilidad penal por atipicidad en casos donde la concertación se dé fuera de los *convenios, ajustes, liquidaciones, concesiones, obras, servicios o suministros* o cualquier otra operación a cargo del Estado.
335. Una exigencia del tipo subjetivo es la concurrencia de dolo, concurrencia que debe ser compartida por el funcionario público y el particular, de faltar el dolo en alguno de ellos o en ambos no configurará este tipo penal. Es de observar que a favor del funcionario público se puede plantear ausencia de responsabilidad por haber actuado en el cumplimiento de su deber (artículo 20°, numeral 8 del CP).
336. Existe la posibilidad que el funcionario actúe bajo una causa de justificación, para ello habrá que demostrar una necesidad inminente y actual, por ejemplo, los estados de catástrofe natural.
337. Para que se configure el delito de colusión se necesita concretamente la concurrencia de dos elementos típicos: a) infracción de un

deber extrapenal b) y que el elemento normativo (interés) esté vinculado enfáticamente sobre los criterios del riesgo prohibido.

C. 2. Cuando el hecho no es justiciable penalmente

338. Todo acto que requiera una intervención y solución judicial mediante la aplicación del derecho, es justiciable; y como sabemos, todo acto delictuoso es necesariamente justiciable penalmente. Contrario *sensu*, "no justiciable penalmente" son los que no requieren de intervención del juzgador penal para su solución;⁽¹³⁹⁾ ya sea, por motivos de poca relevancia penal y cuestiones de política criminal. Este supuesto legal establece dos figuras:

a. **Cuando la ley elimina la posibilidad de que un delito sea penado.**- Nos encontramos con esta figura cuando el hecho, no obstante estar adecuado al supuesto típico de la ley penal, carece de algún elemento de punibilidad o penalidad ulteriores a los que configuran un injusto penal, que de una u otra manera, son causas que restringen la aplicación de la pena no extensibles para todos los delitos, sino solo para algunos.

Estas causas que restringen la aplicación de la pena pueden ser las llamadas excusas absolutorias⁽¹⁴⁰⁾ y condiciones objetivas de punibilidad.

b. **Las condiciones objetivas de punibilidad.**- Se presentan por ejemplo, en el delito de libramiento indebido. El último párrafo del artículo 215º del Código Penal dispone que no procede el ejercicio de la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha del requerimiento⁽¹⁴¹⁾.

339. Otros supuestos donde se puede aplicar, sin inconveniente alguno, realizando una interpretación extensiva *favor rei* es en el desistimiento eficaz del artículo 18º del Código Penal.

¹³⁹ DE LA CRUZ ESPEJO, Marcos. *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, Tercera Edición, FECAT, Lima, 2003, pág. 126.

¹⁴⁰ Así lo establece la jurisprudencia. Exp. N° 3170-94-B Lima. Ejecutoria de 29 de septiembre de 1995. ROJAS PELA, Carmen. *Ejecutorias Supremas Penales, 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pág. 283.

¹⁴¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Estudios de derecho procesal*. Ob. cit., pág. 313.

4. La excepción de cosa juzgada

A. Definición

340. El artículo 6° literal c) del Código Procesal Penal establece que las excepciones que pueden deducirse son:

La cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona.

341. Nuestra Constitución prescribe el principio de la cosa juzgada taxativamente dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, desde una doble perspectiva normativa: La establecida en el artículo 139° numeral tercero de la Constitución, debido proceso⁽¹⁴²⁾⁽¹⁴³⁾, y lo establecido en el artículo 139° numeral décimo tercero de la Constitución cuando prescribe:

"La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de la cosa juzgada".

342. Las normas supranacionales de protección de los derechos humanos reconocen este principio. Así tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14°, numeral sétimo que postula: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8°, numeral cuarto expresa: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".

¹⁴² "El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos". Exp. N° 0090-2004-AA/TC-Arequipa. Lima, 5 de julio de 2004.

¹⁴³ "El debido proceso o proceso justo es un derecho fundamental complejo (en la medida en que está integrado por varios derechos) de carácter instrumental, pues, además de ser él mismo un derecho fundamental, cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto". BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Editorial ARA, Lima, 2004, p. 342.

343. El artículo 78º del Código Penal señala las causales de extinción de la acción penal, al señalar que la acción penal se extingue:

2. *Por autoridad de cosa juzgada.*

344. El Código Penal al hacer mención a la acción penal, no hace sino recoger implícitamente una determinada concepción de dicha institución, y que al incorporar diversos supuestos, entre los que cita a la cosa juzgada, persiste en catalogarlo como causa de extinción de la acción penal —siempre en esa concepción sustancialista—, y que algunos autores nacionales, sobre la base de la legislación y doctrina española, empiezan a definirla como “causas que extinguen la responsabilidad criminal o penal”⁽¹⁴⁴⁾.

345. La institución de la cosa juzgada tiene dos vertientes: una formal y otra material. La primera produce el efecto de la inimpugnabilidad de las resoluciones judiciales, transcurridos los plazos legales para su recurrir. La cosa juzgada material, en cambio, conduce a un efecto vinculatorio de la resolución de fondo (sentencia o auto de sobreseimiento libre) en un proceso respecto de otro.

B. Clases de cosa juzgada

346. La doctrina reconoce dos clases de cosa juzgada:

- a) La cosa juzgada formal, tiene por función evitar que en el mismo proceso en el que se ha dictado una sentencia firme, se vuelva a revisar la misma.
- b) La cosa juzgada material, tiene por función evitar a través de la fuerza y autoridad de una sentencia, que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre un asunto que ha sido resuelto sobre el fondo.

C. Elementos para la configuración de la cosa juzgada

347. La cosa juzgada no hay que confundirlo con el *ne bis in idem*⁽¹⁴⁵⁾, no son lo mismo; sin embargo la cosa juzgada se fundamenta en el *ne*

¹⁴⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. “La cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal”. *Actualidad Jurídica*. Nº 181, diciembre, 2008, pág. 146.

¹⁴⁵ CABANELLAS, define al “*non bis in idem* como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo”. CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del*

bis in idem para hacerse efectivo. De este modo debe existir una sentencia firme o un proceso en trámite que verse sobre una materia u objeto respecto de la cual ya existe pronunciamiento previo, para ello es necesario que entre el proceso culminado y el proceso en trámite se presente la triple identidad de: hechos, sujetos y fundamentos, elementos esenciales sin los cuales no puede invocarse la cosa juzgada.

348. Así, la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada está supeditada a la concurrencia de la triple identidad entre sujeto, el objeto y la acción penal; por lo tanto, la existencia de esta triple identidad en cualquiera de los planos en los que se invoque la aplicación de este principio, ya sea material (sustancial)⁽¹⁴⁶⁾ o procesal (formal)⁽¹⁴⁷⁾ es un presupuesto esencial de su fundabilidad.

349. La vigencia del principio del *ne bis in idem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.⁽¹⁴⁸⁾

derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ª Edición ampliada por Ana María CABANELLAS. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 175. El *ne bis in idem* o *non bis in idem* es un principio establecido en el artículo 139º numeral tres de la Constitución. Se trata de un derecho público, subjetivo y fundamental, que es de aplicación directa e inmediata en todo orden jurídico. El fundamento de este principio es múltiple. Es claramente un principio de protección judicial para el justiciable contra el *ius puniendi* del Estado, se sustenta en los principios de prohibición de interdicción de la arbitrariedad, principio de seguridad jurídica, así como en el principio de legalidad.

¹⁴⁶ "El principio de *ne bis in idem* prohíbe no solo la duplicidad de sanciones, sino también de procesos por un mismo delito. En este sentido, la cosa juzgada material supone para todo hecho que haya sido objeto de un proceso penal, el agotamiento de la acción penal, desde el punto de vista real y jurídico". SCHLÜTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 158.

¹⁴⁷ El *ne bis in idem* en su vertiente procesal o material prohíbe la persecución penal múltiple en aras de evitar un doble enjuiciamiento contra los justiciables, propugnando la extinción de una segunda acción penal en un procedimiento sustanciado. En síntesis, en su ámbito procesal el *ne bis in idem* impide que un mismo hecho procesal sea sujeto de dos procesos por sobre el mismo objeto, o el inicio de un nuevo proceso en otro orden jurídico como consecuencia de la cosa juzgada.

¹⁴⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La garantía del "ne bis in idem" en el ordenamiento jurídico penal*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2006, p. 25.

350. Sin embargo, la admisibilidad o procedencia de la excepción de cosa juzgada está supeditada a la demostración del examen integral de dos procesos, de que se trata de las mismas personas, del mismo objeto (asunto sometido a decisión judicial o por existir continencia, conexidad, accesoriedad, o subsidiariedad) o fundamento que ya ha sido resuelto y que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo litigio.
351. El *ne bis in idem* se trataría de una derivación de la inviolabilidad del derecho de defensa; esta postura es compatible con el ejercicio de los medios de defensa técnicos que dispone el imputado, como es la excepción de cosa juzgada. En otras palabras, el *ne bis in idem* material y procesal y el derecho irrestricto a la defensa técnica y material forman parte de una misma naturaleza jurídica⁽¹⁴⁹⁾.

D. Presupuestos de la cosa juzgada

352. El *ne bis in idem* informa la cosa juzgada, por lo que el presupuesto que deben verificarse para que esta garantía despliegue sus efectos es la existencia probada de la triple identidad, entre una y otra sanción o proceso: sujeto, hecho y fundamento. Es decir, se requiere un análisis ordenado de los elementos: en primer orden, debe tratarse de la misma persona (*eadem persona*); en segundo orden, se debe tratar del mismo hecho (*eadem res*) y por último, debe tratarse del mismo motivo de persecución o fundamento (*eadem causa petendi*).⁽¹⁵⁰⁾

5. La excepción de prescripción

A. Concepto y fundamento

353. El artículo 6° del Código Procesal Penal regula en el literal e) el instituto de la prescripción, al señalar que puede deducirse la:

¹⁴⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., pág. 30.

¹⁵⁰ Los mismos requisitos se exigen en la vía civil. Ver GUERRA CERRÓN, María Elena. "Los alcances de la excepción de cosa juzgada". En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 120, septiembre, Tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 23 y siguientes. Aquí se señala que en la excepción de cosa juzgada, así como en la de litispendencia, se comprende a las mismas personas, el mismo objeto y se funda en la misma causa (triple identidad). Hay cosa juzgada cuando en una nueva demanda se pretende un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión decidida anteriormente en otros litigios.

Prescripción, cuando por vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena.

354. La excepción de prescripción encuentra fundamento en razones de seguridad de orden y de paz social, pues a la justicia le interesa particularmente liquidar ciertas situaciones inestables, impidiendo estas que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo. De esta manera, se busca dar certeza a los derechos adquiridos como producto del paso del tiempo.⁽¹⁵¹⁾

355. La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116 ha establecido que:

"(...) la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo, vía facultades delegadas por aquél– conforme a sus potestades. El legislador, a la hora de regular la prescripción de los delitos, escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que, para efectos de la prescripción de la acción penal, se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo".⁽¹⁵²⁾

356. "La prescripción consiste esencialmente en la invalidación por el transcurso del tiempo del valor que habían tenido determinadas conductas descritas en la ley penal como delito. Ese paso del tiempo, en el que por todos se aprecia tal efecto destructor, hace que el desvalor social y jurídico que mereció en su día un hecho no pueda mantenerse con la misma fuerza eternamente".⁽¹⁵³⁾

¹⁵¹ Esta excepción es perentoria, pero con una característica particular, pues sin referirse al fondo del asunto, es decir al derecho invocado, decide sobre la finalización del proceso.

¹⁵² Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116 de 13 de noviembre de 2009. Fundamento décimo.

¹⁵³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Aranzadi, 2ª Edición, Valencia, 2000, pág. 766.

357. La prescripción constituye una institución jurídica directamente relacionada al transcurso del tiempo, ocurriendo que en relación con él y dadas ciertas condiciones, modifica las relaciones jurídicas preexistentes, determinando la liberación de obligaciones y/o la generación de derechos. Esta alteración de los vínculos o relaciones en función del tiempo transcurrido, en general, es común a todas las especialidades jurídicas.⁽¹⁵⁴⁾
358. La prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.⁽¹⁵⁵⁾

B. Cuestiones esenciales respecto a la prescripción de la acción penal

359. El efecto directo de la prescripción de la acción penal es el de producir los mismos efectos de la cosa juzgada. La Constitución en su

¹⁵⁴ ANGULO ARANA, Pedro Miguel. "Efectos y requisitos de la prescripción de la pena". En *Gaceta Penal & Proceso Penal*. Tomo 2, agosto, Lima, 2009, Gaceta Jurídica, pág. 76. Así, REYNA ALFARO, afirma que: "La palabra prescripción se refiere a la acción de prescribir, y esta tiene tres sentidos claramente determinados. El primero se refiere a ordenar, preceptuar o determinar; el segundo, a adquirir la propiedad de una cosa por su posición continua durante el tiempo que la ley señala; y la tercera, aquella que nos interesa como impedimento procesal, alude a la extinción de un delito o la acción penal y de la pena por el transcurso del tiempo prefijado por la ley". REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Ibidem*, pág. 169.

¹⁵⁵ La existencia de la prescripción del delito supone que este tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre. Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que solo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas. Ni qué decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y al acusador a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora es también, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta.

artículo 139°, numeral décimo tercero, así lo reconoce. Por su carácter público, esta excepción puede ser deducida por la defensa del imputado o incorporada de oficio por el órgano jurisdiccional que conoce la causa, siempre que concurra el requisito natural, cual es el transcurso de un determinado tiempo.

360. En este sentido, para deducir la excepción de prescripción, puede suceder que el imputado sabiendo que es inocente, de conformidad con el artículo 91° del Código Penal, renuncie a la prescripción de la acción penal debido a que es un derecho que le brinda el Código sustantivo⁽¹⁵⁶⁾. Es permitida su renunciabilidad a la prescripción por parte del procesado.
361. Así, si se presentara la renunciabilidad de la prescripción, la persona que renuncia demostrará que confía en la correcta administración de justicia y que está seguro de su inocencia, como también podría darse el caso que está seguro de que no existen pruebas que demuestren su culpabilidad.⁽¹⁵⁷⁾

C. Requisitos de procedencia de la excepción de prescripción de la acción penal

362. El único requisito que exige la norma penal es el transcurso de un determinado tiempo de acuerdo a la naturaleza del delito y a las reglas de prescripción señalados en el Código Penal. La jurisprudencia señala que:

"La excepción de prescripción se sustenta en el transcurso del tiempo; por tanto para evaluar su pertinencia procesal solo basta con contabilizar el tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito y compararlo con los plazos estipulados por los artículos 80° y 83° del Código Penal"⁽¹⁵⁸⁾.

363. El fundamento de que el transcurso del tiempo extingue la alarma social creada por el delito y la correlativa demanda de pena por la comunidad, parece tener relación con la teoría de la prevención general negativa. Si la finalidad que tiene una sentencia condenatoria

¹⁵⁶ NOGUERA RAMOS, Iván. *Ibidem*, pág. 433.

¹⁵⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Ibidem*, pág. 480.

¹⁵⁸ R.N. N° 719-2004-Tacna, Sentencia de 15 de octubre de 2004, S.P.T., en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Tomo 1. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2003, pág. 320.

es reforzar la amenaza contenida en la ley penal, parece claro que el fin preventivo general queda afectada si el tiempo transcurrido hace que la conducta deba ser dictada cuando ya no existe una exigencia social de que el hecho sea reprimido⁽¹⁵⁹⁾. Por ende, solo se requiere el tiempo, porque su transcurso conlleva el olvido y el desinterés por el castigo.

V.I. Clases de prescripción de la acción penal

A. Prescripción ordinaria de la acción penal

A. I Concepto y requisitos de procedencia

364. Es regla general del instituto de la prescripción que para su perfeccionamiento se requiere un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley penal para el delito en concreto.
365. Así, el artículo 80° del Código Penal establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad; sino no lo fuera, se seguirán otras reglas prescriptoras.
366. Por ejemplo: Juan Pérez es denunciado en enero del 2009 por el delito de lesiones leves tipificado en el artículo 122°, primer párrafo, del Código Penal, cuya pena es no menor de cuatro ni mayor de ocho años. El delito fue cometido en enero del 2001. De acuerdo a lo señalado en el artículo 80° del Código Penal, la acción penal prescribe en el tiempo igual al máximo de la pena a imponerse. En el caso, ha transcurrido 8 años desde la comisión del delito hasta la fecha en que se denunció, toda vez, que la pena máxima para el delito de lesiones leves es no mayor de 8 años. La jurisprudencia en este sentido señala que:

"De conformidad con el artículo 80° del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para cada delito, si es privativa de la libertad"⁽¹⁶⁰⁾.

¹⁵⁹ RIGHI, Esteban. *De las penas*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 437.

¹⁶⁰ R.N. N° 1891-01-Arequipa, S.P.T., 18 de junio de 2003, CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Tomo 3. Ob. cit., pág. 254.

367. El plazo se computa desde cuando se produce el hecho delictuoso y no desde la toma de conocimiento de la *notitia criminis*, menos aun desde cuando se emite disposición de formalización de investigación preparatoria.
368. Respecto al plazo de este tipo de prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley al delito cometido, si fuera una pena privativa de libertad; y si se tratara de otro tipo de pena, el plazo prescriptorio es de tres años. "El instituto de la prescripción opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito".⁽¹⁶¹⁾

B. Prescripción extraordinaria de la acción penal

B. I. Concepto y requisito de procedencia

369. Este tipo de prescripción exige para su configuración el cumplimiento de un plazo, más el equivalente a una mitad del plazo ordinario, ya que, ha existido una causal para que se extienda a dicho plazo.⁽¹⁶²⁾
370. En este sentido, el artículo 83° del Código Penal señala que cuando se interrumpe el plazo ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo plazo. Sin embargo, extraordinariamente, la acción penal prescribe indefectiblemente y en todos los casos cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción. De esta última consideración se desprenden dos reglas bien claras:
1. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.
 2. La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

¹⁶¹ Exp. N° 3065-98-A-Lima, Ejecutoria Suprema de 13 de agosto de 1998, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial 1998-2000*, Editorial Grijley, Lima, 2000, pág. 407.

¹⁶² "El artículo 80° del Código Penal vigente establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad, agregando en el penúltimo párrafo que en el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente". Ejecutoria Suprema del 15 de noviembre de 1991. Exp. N° 687-90-ICA. En *Actualidad Jurídica*, N° 138, mayo 2005.

371. La prescripción extraordinaria opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria, que de acuerdo al artículo 83° del Código penal, se presenta:

- 1) Por actuación del Ministerio Público.
- 2) Por actuación de las autoridades judiciales.
- 3) Por la comisión de un nuevo delito doloso.

372. Es decir, opera cuando la acción penal se ha ejercido y se ha realizado actuaciones judiciales, de ese modo se interrumpe el plazo ordinario de prescripción y se suma al plazo ordinario un plazo extraordinario que por ley es equivalente al 50% de aquel, cumplido el cual, la acción penal prescribe inexorablemente⁽¹⁶³⁾.

373. La jurisprudencia sostiene que:

"A este plazo ordinario que establece el artículo 80° del Código Penal, se le debe agregar la mitad cuando se ha producido la interrupción de la prescripción, por imperio de lo dispuesto por el artículo 83° del Código Penal".⁽¹⁶⁴⁾

374. En esta misma lógica, la jurisprudencia señala que:

"Cuando en circunstancias que por un lado los plazos de prescripción se reducen a la mitad, mientras que por otro deben duplicarse, efectuando el cálculo correspondiente (la reducción en una mitad y luego el aumento en una mitad), el resultado es que debe operar el plazo normal de prescripción, esto es, el previsto en el artículo 83 del Código Penal".⁽¹⁶⁵⁾

"En caso de darse la interrupción de los plazos, en aplicación del último párrafo del artículo 83° del Código acotado, esta ópera indefectiblemente cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario".⁽¹⁶⁶⁾

¹⁶³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *Ibíd.*, pág. 291.

¹⁶⁴ Exp. N° 608-94-B-Ayacucho, Ejecutoria Suprema de 28 diciembre de 1994, en GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema 1993-1996*. Tomo II. Editorial Idemsa, Lima, 1997, pág. 308

¹⁶⁵ Ejecutoria Suprema 01 de junio de 2000. Exp. N° 3073-99 Lima. Actualidad Jurídica, N° 138, mayo 2005.

¹⁶⁶ Exp. N° 3065-98-A-Lima, Ejecutoria Suprema de 13 agosto de 1998, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial 1998-2000*, Editorial Grijley, Lima, 2000, pág. 407.

V. II. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción de la acción penal

375. Como señalamos anteriormente, la suspensión y la interrupción de la prescripción de la acción penal, tienen un tratamiento marcadamente individualizado basados en el reconocimiento de su carácter personal cuyas consecuencias o efectos legales de la prescripción se aplican de manera personal e individualizadamente a cada uno de los intervinientes en la comisión del hecho delictivo como se tiene establecido en el artículo 88° del Código Penal⁽¹⁶⁷⁾, al señalar que "la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible".
376. En este mismo sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES⁽¹⁶⁸⁾ sostiene que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible. Cuando la prescripción ha sido declarada es equivalente a la "cosa juzgada", conforme lo indica la Constitución Política en su artículo 139°, numeral décimo tercero. Además, no se toma en cuenta el estatus procesal del imputado, quien puede alcanzar sus efectos liberatorios, así se encuentre en la condición de ausente⁽¹⁶⁹⁾ o contumaz.
377. "Mediante el art. 339° del NCPP se establece que un efecto de la formalización de la investigación preparatoria es la suspensión de la prescripción de la acción penal. En puridad, dicho acto no constituye una causal de suspensión, tal como se explica en el art. 84° del CP: "Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que debe resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido". Y es que, *grosso modo*, el acto del Ministerio Público se realiza en el mismo proceso y no pretende resolver una cuestión determinante para su continuación. A pesar que los procesos regulados por las normas del Nuevo Código son más cortos, lo cierto es que dicha característica en nada afecta o debería de afectar la normal aplicación de la prescripción. Si bien el NCPP es rígido en cuanto al

¹⁶⁷ MARTICORENA COLLANTES, Omar Hugo. "La individualización de los efectos de la prescripción penal". Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 3, Setiembre, 2009, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 60.

¹⁶⁸ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel. *Manual de derecho penal*. Op. cit., pág. 480.

¹⁶⁹ NOGUERA RAMOS, Iván. *Ibidem*, pág. 418.

control de plazos, lo cierto es que estas disposiciones atienden —entre otras razones— a la finalidad, por economía procesal, de acelerar el tiempo de los procesos. A diferencia de la prescripción que, como hemos dicho, constituye un derecho para el ciudadano de no permanecer en permanente riesgo de persecución y de sanción penal cuando la misma ya no sea necesaria, limitando la potestad punitiva del Estado. La suspensión del plazo de prescripción con el solo inicio de la investigación preparatoria, desde el punto de vista político criminal, deja un mensaje ajeno a un modelo de Estado garantizador de derechos: la actividad persecutoria estatal prima sobre los derechos de las personas. Más allá que el nuevo modelo procesal penal promueva la celeridad de los procesos, el instituto de la prescripción se fundamenta en el derecho que toda persona tiene a no ser perseguido o sancionado cuando por el transcurso del tiempo se advierte la falta de necesidad de pena”.⁽¹⁷⁰⁾

A. Suspensión del plazo de prescripción

378. La prescripción de un delito se puede suspender, es decir, durante un determinado tiempo el plazo de prescripción queda detenido, pero una vez que cesa la suspensión se reinicia, tomándose en cuenta el plazo anterior a la suspensión.⁽¹⁷¹⁾
379. El artículo 84º del Código Penal establece las causas por las cuales se puede presentar la suspensión de la prescripción, la misma que surge cuando dentro del proceso penal aparezca cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento.
380. La suspensión de la prescripción se presenta en dos casos, a saber:
- a) Por la aparición de una Cuestión Previa.- Esta cuestión, que es un mecanismo de defensa, surge cuando el Código Penal establece de forma expresa un requisito de precedibilidad contenida en la misma norma penal o extrapenal para poder iniciar válidamente un proceso penal.

¹⁷⁰ “Problemas interpretativos de la Prescripción como causa de Extinción de la Acción Penal”. ALCÓCER POVIS, Eduardo. En *Conversatorio en torno a los temas que se debatirán en el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema*. Instituto de Ciencias Procesales, pp. 6, 7.

¹⁷¹ BRAMONT ARIAS-TORRES, Luís Miguel. *Ibidem*, pág. 479.

- b) Por la aparición de una Cuestión Prejudicial.- Esta cuestión procesal aparece cuando se requiere un requisito lógicamente previo e indispensable que debe ser resuelto en vía extrapenal para que el delito materia de juzgamiento pueda configurarse.

381. En caso de la suspensión, es solamente la propia ley la que prevé la presencia del obstáculo (ocurriendo lo mismo con la interrupción), constituyéndose también en su fuente creadora de la que emergen a manera de una autoimposición. El aforismo latino *contra valentem agere non currit praescriptio* (contra quien no puede ejercer una acción, la prescripción no corre), proveniente del derecho civil, solamente tiene validez en el ámbito del Derecho Penal cuando la imposibilidad de obrar proviene de la misma Ley.⁽¹⁷²⁾

B. Interrupción del plazo de prescripción

382. La realización del delito marca el inicio de la prescripción, se interrumpe el mismo por cualquier acto procesal realizado por el Fiscal de la Investigación Preparatoria.⁽¹⁷³⁾ Cada interrupción determina que el plazo comience a correr nuevamente.⁽¹⁷⁴⁾

383. La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, así como por la comisión de un nuevo delito doloso, corriendo después de la interrupción un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la última diligencia. Pero en todos estos casos, es necesario valorar que la acción penal por cualquier delito prescribe en forma obligatoria cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción, es decir, al máximo de la pena fijada por ley para un delito, se le aumenta su mitad.⁽¹⁷⁵⁾

¹⁷² REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Ibidem*, pág. 187.

¹⁷³ "Si el delito se encuentra sancionado con penas alternativas, la prescripción de la acción penal solo operará al vencerse, de modo paralelo o secuencial, todos los plazos que corresponden a cada tipo de pena conminada". Exp. N° 250-94. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Actualidad Jurídica, N° 138, mayo 2005.

¹⁷⁴ En este sentido, GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de derecho procesal penal*. Ob. cit., p. 36.

¹⁷⁵ NOGUERA RAMOS, Iván, *Ibidem*, pág. 432.

384. Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83° del Código Penal, y son las siguientes:

- a) Las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales;
- b) La comisión de un nuevo delito doloso.

385. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que:

"La suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentra definida en el artículo 84° del Código Penal. A diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que "si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". En tal sentido, puede considerarse como causal de prescripción, por ejemplo, la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales. Se puede considerar, también, la prerrogativa del antejuicio [...]. Por último, la prescripción de la acción, según la regulación establecida en nuestro Código Penal, puede ser contabilizada a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario. En primer lugar, el plazo ordinario de prescripción, regulado en el artículo 80° del Código Penal, es el equivalente al máximo de la pena fijada en la ley, en caso de ser privativa de libertad. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años. Asimismo, en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica [...]. Por otro lado, existe el plazo extraordinario de prescripción, que será utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción y, según lo establece el artículo 83° del Código Penal, es el equivalente al plazo ordinario de prescripción más la mitad [...]. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81° del Código Penal, los plazos de prescripción se reducirán a la mitad si el agente tenía menos de 21 años o más de 65 al tiempo de la comisión del hecho punible".⁽¹⁷⁶⁾

¹⁷⁶ STC, Exp. N° 4118-2004-HC, Fundamentos jurídicos 6 y 10.

B. 1. Interrupción del plazo en caso de reos contumaces

386. Tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 26641. Al respecto ver la STC, Exp. N° 4118-2004-HC, FJ. 11.

C. Duplicidad del plazo de prescripción para delitos cometidos por funcionarios públicos

387. Las reglas de prescripción ordinaria son de aplicación a los delitos contra la Administración Pública, además se les aplica una regla especial que se encuentra establecida en el artículo 80° del Código Penal y que se refiere a la duplicación del plazo de prescripción. Siempre que el delito sea cometido por un servidor o funcionario público y que su accionar cause una afectación de carácter patrimonial al Estado o al patrimonio del organismo sostenido por este.
388. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 1-2010 CJ/116, Lima 16 de noviembre 2010 señala en los fundamentos 15 y 16 que:

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción en la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- A. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito –funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado*
- B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.*
- C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos, al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.*

16°. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho o delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

389. El Acuerdo Plenario precitado desarrolla el artículo 80° del Código Penal referido a la duplicidad del plazo de prescripción, estableciendo que solo procede la duplicidad cuando se produce una lesión efectiva del patrimonio del Estado, para ello exige la concurrencia de tres presupuestos que deben presentarse de forma simultánea.
390. De este modo se requiere analizar si en el caso en concreto se presentan:
- a. Una relación funcional entre el agente infractor y el patrimonio del Estado.
 - b. Que el funcionario público, respecto del patrimonio del Estado, ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

Para entender cuáles son los alcances de los conceptos de actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos, nos remitimos al Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ/116 del 30 de setiembre de 2005 referido al delito de peculado que en el fundamento séptimo precisa:

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala, a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

- i) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.*
- ii) La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre ilícita.*

De este modo se alude con este término a la acción de captar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos.

La administración implica las funciones activas de manejo y conducción. Así la administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional comprendiendo relaciones directas con el caudal.

La custodia que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

- c. Que esa fuente de atribución y facultad funcionarial sea producto de una orden administrativa escrita o verbal parcial o total que permita el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

- 391. De lo dicho podemos concluir que el Acuerdo Plenario ha sumido una "interpretación restrictiva" del bien jurídico, por el cual se entiende el término "delitos cometidos en contra del patrimonio del Estado" como una referencia a aquellos delitos que tienen como específico bien jurídico protegido al patrimonio del Estado.
- 392. Un caso especial es respecto a si al plazo de prescripción de la acción "... fijado por la ley para el delito" [artículo 80° del Código penal], es posible adicionarle el incremento de pena previsto en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46°-A del CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49° del CP).
- 393. Para efectos de determinar la prescripción de la acción penal, nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad.
- 394. La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción de la norma y la

transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad). Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas "circunstancias" agravantes o atenuantes, siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), serán cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta⁽¹⁷⁷⁾.

395. En este sentido, las circunstancias previstas en el artículo 46º-A del CP vienen a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –función pública– y, como tal se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta–, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.
396. El artículo 46º-A del Código Penal prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo solo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionado para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal. Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena⁽¹⁷⁸⁾.

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la República. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario Nº 8-2008/CJ-116. Fecha 13 de noviembre de 2009. Fundamento Jurídico Nº 11.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la República. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario Nº 8-2008/CJ-116. Fecha 13 de noviembre de 2009. Fundamento Jurídico Nº 12.

397. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado –delito masa–, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye un delito en sí –delito masa–. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave, más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito–, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto⁽¹⁷⁹⁾.

6. Oportunidad para deducir las excepciones y defensas procesales

398. Las excepciones y la cuestión previa pueden plantearse una vez que el Fiscal de la Investigación Preparatoria haya emitido Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, resolviéndose la incidencia antes de culminar la etapa intermedia. Las excepciones y la cuestión previa también pueden deducirse en etapa intermedia hasta antes de la audiencia única, conforme lo señala el artículo 7° del CPP.

399. En el caso de la excepción de prescripción, esta puede deducirse en cualquier estado del proceso, y antes de la sentencia. La cuestión prejudicial solo puede deducirse en la etapa de investigación preparatoria, a partir de la notificación de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y antes de la audiencia de control de acusación. El Juez de la Investigación Preparatoria puede resolver inmediatamente después de celebrada la vista o dentro del plazo de 2 días después de la vista.⁽¹⁸⁰⁾ Contra lo resuelto por el Juez de la

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la República. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116. De fecha 13 de noviembre de 2009. Fundamento Jurídico N° 13.

¹⁸⁰ Artículo 8° CPP. Trámite de los medios de defensa.

1. La cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones que se deduzcan durante la Investigación Preparatoria serán planteadas mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria que recibió la comunicación señalada en el artículo 3°, adjuntando, de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan.

Investigación Preparatoria procede recurso de apelación dentro del plazo de 3 días. (Art. 414° CPP).

XVII. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

1. Las medidas coercitivas personales

A. Fundamentos

400. Las medidas coercitivas cumplen en principio, una finalidad aseguradora o garantizadora de la decisión final que ha de adoptarse en el curso del proceso penal, de modo tal que lo resuelto en el curso en la sentencia no se vea frustrado por actos que tornen en ilusorio lo resuelto.
401. En tal sentido, las medidas cautelares de naturaleza personal restringen o limitan el libre tránsito del procesado a efectos de asegurar la consecución de los fines del proceso, así están encaminadas a garantizar la presencia del inculpado a efectos de su enjuiciamiento y, por otro, a hacer posible la realización de otros derechos fundamentales rectores del proceso penal, a saber:
- a) Celeridad procesal, porque se efectúa en condiciones que coadyuven a la rápida solución del caso y no en las que tiendan a hacer lenta esa decisión.

-
2. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la admisión del medio de defensa deducido, dentro del tercer día señalará fecha para la realización de la audiencia, la que se realizará con quienes concurren a la misma. El Fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez en ese acto.
3. Instalada la audiencia, el Juez de la Investigación Preparatoria escuchará por su orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al Fiscal, al defensor del actor civil y al defensor de la persona jurídica según lo dispuesto en el artículo 90° y del tercero civil. En el turno que les corresponde, los participantes harán mención a los elementos de convicción que consten en autos o que han acompañado en sede judicial. Si asiste el imputado tiene derecho a intervenir en último término.
4. El Juez de la Investigación Preparatoria resolverá inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Excepcionalmente, y hasta por veinticuatro horas, podrá retener el expediente fiscal para resolver el medio de defensa deducido, que se hará mediante auto debidamente fundamentado.
5. Cuando el medio de defensa se deduce durante la Etapa Intermedia, en la oportunidad fijada en el artículo 350°, se resolverán conforme a lo dispuesto en el artículo 352°.
6. La cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones deducidas a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica.

- b) Inmediatez, porque se asegura la presencia real entre Juez e inculpado y que sea el mismo juzgador que participa en el desahogo de las pruebas quien las pondere al momento de juzgar, y
- c) Defensa plena, porque así el inculpado de manera personal, no solo a través de su abogado defensor, está en posibilidad real de participar en la preparación y contradicción de los medios de pruebas y del uso de medios de impugnación que la ley le brinda.

402. Es de notar que la adopción de una medida cautelar solo se justifica en normas procesales que determinan el cumplimiento estricto de los presupuestos materiales. "Es conveniente que el examen práctico de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales siga el siguiente orden: 1) imputación, 2) riesgo de frustración y 3) peligrosidad procesal del sujeto pasivo. Dicha prelación corresponde a la escala de suposiciones con que se construye el fundamento de estas medidas: Lo primero que se presupone es la existencia de un proceso y de un sujeto imputado. Lo segundo, que ese proceso es susceptible de necesitar protección. Lo tercero, que el riesgo justifica la protección puede ser materializado por el sujeto pasivo del proceso. Negar uno de los presupuestos indicados impide apreciar lo que sucede. Afirmados los presupuestos materiales de las medidas cautelares personales, la necesidad de hacer efectivo y concreto de las mismas vendrá dada por la aplicación de la regla de la proporcionalidad, lo que implica realizar un juicio de idoneidad, otro de intervención mínima y otro de proporcionalidad estricto sensu".⁽¹⁸¹⁾

403. Una vez cumplido los presupuestos materiales es necesario un análisis constitucional de la medida cautelar, pues como norma suprema será la determinante para establecer en qué casos los derechos del ciudadano a la libertad personal en su vertiente libre tránsito se vean limitados o restringidos a favor del interés preponderante de la colectividad a la justicia.

404. En tal sentido, las medidas cautelares de naturaleza personal restringen la libertad⁽¹⁸²⁾ en mayor o menor grado, a efectos de cautelar

¹⁸¹ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría General de Medidas Cautelares Penales*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 29, 30.

¹⁸² "La libertad es, más que otra cosa, ausencia de constricción" y que esta idea, que es la propia de la teoría liberal de la libertad, es clave para entender el constitucionalismo, en cuyos orígenes la libertad se concibe como "negativa", en el sentido hegeliano de "unilateral". Ello debido a que tiene como "presupuesto el individualismo filosófico: la idea de

el adecuado curso del proceso; esta es la única finalidad constitucionalmente protegida, pues se trata de un instituto de carácter instrumental predispuesto para asegurar el normal desarrollo del proceso; por ello está prohibido cualquier otra finalidad como podría ser la obtención de las pruebas, que tenga la finalidad de prevención y de intimidación o cualquier connotación sustantiva de penalización inmediata que pueda ser tomado como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura.⁽¹⁸³⁾

405. Sintetizando lo expresado, el objeto de las medidas cautelares son la consecución de fines constitucionalmente legítimos como son la materialización de la justicia a través del pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto a la vulneración o no un bien jurídico tutelado.
406. Son fines constitucionalmente legítimos el conjurar ciertos riesgos relevantes para el desarrollo del proceso, la ejecución del fallo, o, en general, para la sociedad, como son: la sustracción del imputado de la justicia, la obstrucción del juzgamiento, y en un plano distinto la reiteración delictiva. Desde esta perspectiva la propuesta de imposición de cualquier medida cautelar comporta que esta sea adecuada y razonable para garantizar la eficacia de la pretensión, por lo que para declarar fundada su procedencia se debe identificar plenamente en qué consiste la apariencia del derecho y el peligro en la demora. Los conceptos anotados deben ser individualizados. Así:

que el hombre es una realidad prescindiendo del sistema político en que vive" y que "el poder político, incorporado en el Estado, será siempre extraño al hombre, que no puede y no debe identificarse con aquél". NEUMANN F. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, traducción de G. Sivini, Il Mulino, Bolonia, 1973, págs. 36, 37.

¹⁸³ "En efecto, la prisión preventiva opera como la *poena* extraordinaria solo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al "plazo razonable" de los tratados de derechos humanos —Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3—. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado solo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la pena extraordinaria. Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad considerado en términos de equivalencia —v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable—, el encarcelamiento anticipado es más grave que la pena extraordinaria, pues aquél, en realidad —a pesar de la falta de pruebas—, se equipara a la eventual condena". Bovino, Alberto. *Contra la inocencia*. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,250,0,0,1,0>

- a) El peligro en la demora o *periculum in mora* implica, en términos generales, la existencia concreta de cierto nivel de riesgo de que la decisión final podría quedar frustrada a causa de situaciones de hecho o de derecho que hagan que se torne en inejecutable la sentencia. Estos peligros a los que hacemos referencia (riesgo de frustración, peligrosidad procesal) se encuentran dentro del denominado presupuesto material de las medidas coercitivas penales.
- b) La apariencia del derecho se trata de un presupuesto consistente en la individualización de una hipótesis del cual se determine con claridad una posible responsabilidad penal del imputado. Estas notas de claridad determinarán la verosimilitud del derecho de la pretensión accionada, es decir solo la posibilidad del derecho, no la prueba de la existencia del derecho invocado, ello resultará importante a efectos de determinar cuál es la medida coercitiva idónea que debe imponerse.

B. Fundamentos constitucionales de las medidas de coerción en general

- 407. El artículo 253° del Código Procesal Penal define el marco general de las directrices fundamentales en que se sustenta la decisión jurisdiccional que pretenda restringir derechos del imputado, con esto se busca el favorecimiento de los derechos a la libertad (que no solo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico) y de propiedad sobre la pretendida eficiencia del Estado.
- 408. El CPP busca partir de una visión de conjunto que ligue la realidad concreta con los principios constitucionales, y en la que no se pierda de vista que los derechos fundamentales constituyen directrices de obligatorio respeto, con esto se busca la internalización de las medidas de coerción desde una perspectiva constitucional, tal como lo reconocen los artículos VI y X del Título Preliminar del Código Procesal Penal.
- 409. Así, en una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

410. Estas limitaciones a los derechos fundamentales deben realizarse, aplicando los principios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, presunción de inocencia y motivación, los cuales deben sustentarse en pruebas suficientes de forma y modo.
411. Se trata de armonizar las medidas que restringen los derechos del imputado con el ejercicio del poder penal, con el fin de fijar los márgenes objetivos de seguridad que dificulten el arbitrio e impidan el desborde autoritario y con él la incertidumbre. Así, los intereses de la sociedad deben ser cautelados por el Estado, de forma que se logre el equilibrio entre:
- i) La garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y
 - ii) La garantía de la protección de los derechos fundamentales del imputado.

C. Presupuestos materiales de las medidas coercitivas

412. Las medidas de coerción en general están supeditadas a la observancia de los siguientes presupuestos: a) apariencia del delito (*fumus commisi delicti*); b) el peligro procesal (*periculum in mora*) y, c) la prognosis de pena.

A continuación hacemos una referencia breve a las instituciones procesales anotadas:

C. 1. La apariencia del delito o *fumus commisi delicti*

413. La apariencia del delito se encuentra prevista en el artículo 268° numeral primero, literal "a" del Código Procesal Penal. Así existe *fumus commisi delicti* o *fumus boni iuris*, cuando como resultado de la investigación, aparecen elementos suficientes (indicios) para imputar fundadamente a una persona la comisión de un delito.
414. La imputación penal, *fumus boni iuris* o *fumus commisi delicti* se refiere a la imputación penal, esto es, la existencia de un hecho constitutivo de delito, así como la individualización de la posible participación del imputado. Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales ilícitos -del material instructorio en su conjunto- de que el imputado está invo-

lucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego una calificación absolutamente correcta sino racionalmente a proximativa al tipo legal referido. Asimismo han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real del culpabilidad).⁽¹⁸⁴⁾

415. La imputación es el acto en que se adquiere la condición de sujeto pasivo del proceso. La imputación requiere identificar las clases de indicios que se presentan en el caso concreto. Basta recordar que el indicio es todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho de conocimiento comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de una inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Para mayor referencia a los tipos de indicios que se presentan para este tipo penal revisar el capítulo de la probanza del delito de colusión.

C. 2. El peligro procesal

416. El peligro procesal se encuentra desarrollado en términos generales en el artículo 268° numeral primero, literal c) cuando señala "que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)".
417. Como se aprecia, el peligro procesal responde a la necesidad de evitar que las dilaciones en el proceso permitan que se le quite contenido al proceso penal, ya sea debido al entorpecimiento de las investigaciones o de la actividad probatoria y/o para evitar el peligro de fuga del imputado.
418. El peligro procesal se encuentra desarrollado en sentido concreto, en los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:
- i. El peligro de fuga o riesgo de fuga desarrollado en extenso en el artículo 269° del CPP.

¹⁸⁴ Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ de fecha 15 de setiembre de 2011. Circular sobre omisión preventiva.

- ii. El peligro de obstaculización, riesgo de obstaculización o frustración previsto en el artículo 270° del CPP.

1. El peligro de fuga

- 419. El peligro de fuga es un elemento del peligro procesal que amerita un juicio de ponderación por el *a quo* respecto de la posibilidad concreta de que el procesado, conociendo el grado de imputación penal que le afecta, se sienta tentado a sustraerse de la acción de la justicia, al prever una posible condena efectiva de prisión. Para determinar en qué casos es posible hacer una valoración razonable de la presencia del peligro de fuga en la conducta del procesado es necesario examinar en cada caso en particular elementos tales como el carácter de los hechos⁽¹⁸⁵⁾ que se le atribuyen los que a su vez deben estar basados en suficientes elementos indiciarios o probatorios, así como las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial.⁽¹⁸⁶⁾
- 420. Al examinar el peligro de fuga debe apreciarse las particulares condiciones del imputado, que permitan con cierta verosimilitud determinar la existencia de una probable fuga⁽¹⁸⁷⁾ ello resultará de una

¹⁸⁵ En el caso de autos se imputa a la procesada (...) haberse aprovechado de la buena fe del agraviado (...) a quien pidió que le regalara su tarjeta de crédito por haber obtenido uno nuevo; que, posteriormente, utilizó la citada tarjeta para realizar compras en diversos lugares hasta por suma de diecinueve mil novecientos un nuevos soles; que ante el reclamo del agraviado, ella en un primer momento negó haber recibido la tarjeta de parte de éste para luego después de escuchar una conversación grabada, manifestar que se le había extraviado (...) que, existe verosimilitud en los hechos denunciados, conforme se desprende de la investigación policial plasmada en el atestado policial (...) siendo esto así y estando a la gravedad de los hechos, el mandato de detención se encuentra arreglado a ley". Exp. N° 3450-8-A. Lima, 15 de julio de 1998.

¹⁸⁶ Nuestra jurisprudencia, agrega que "respecto al peligro procesal de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, se debe tener en cuenta que la finalidad de la medida de detención preventiva es determinar la sujeción al proceso de la persona imputada durante el desarrollo del mismo, evitando la sustracción de la acción de los órganos que administran justicia y el entorpecimiento de la actividad probatoria. Además otros de los fines es garantizar la ejecución de la futura y eventual pena o medida de seguridad a imponerse, peligro procesal que debe ser apreciado en cada caso concreto. (...) Otro aspecto que influye en el peligro, es su comprensión en procesos distintos al que nos ocupa (...)" 3° Sala Penal Especial Exp. N° 021-2004-A. Lima, 28 noviembre de 2005.

¹⁸⁷ "Al existir verosimilitud en los hechos denunciados, conforme se desprende de la investigación policial plasmada en el atestado policial, y estando a la gravedad de los hechos, el

valoración de la naturaleza del hecho punible⁽¹⁸⁸⁾ de "una apreciación o valoración del juez en función a los recaudos de la causa y a las características personales y sociales del autor"⁽¹⁸⁹⁾, pero sobre todo, de las condiciones de arraigo del procesado⁽¹⁹⁰⁾.

421. El artículo 269° del Código Procesal Penal identifica como peligro de fuga elementos tales como: a) el arraigo; b) la gravedad del delito; c) la importancia del daño resarcible y, d) el comportamiento del imputado.
422. La doctrina concordante con esta posición afirma que el peligro de fuga, "se reconduce a cinco elementos valorativos: gravedad del delito, naturaleza y caracteres de este, circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena, circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes– y conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial".⁽¹⁹¹⁾

1.1. El peligro de obstaculización, riesgo de obstaculización o frustración

423. Los riesgos de frustración son aquellos actos en los que se puede materializar un riesgo posible para el proceso al imposibilitar la continuidad del proceso y de su fin esencial.

mandato de detención se encuentra arreglado a ley". Exp. N° 3450-98-A. Lima, 15 de julio de 1998.

¹⁸⁸ "Si bien es cierto deben tomarse en consideración los antecedentes personales del procesado, también es importante apreciar el ánimo con el cual el procesado obró en su accionar ilícito y dada la gravedad de los hechos amerita presumir riesgo procesal". Exp. N° 298-1998. Lima, 26 enero de 1998.

¹⁸⁹ Ejecutoria Suprema Exp. N° 1945-93. Lima, 17 de setiembre de 1993.

¹⁹⁰ Por arraigo desde entenderse al conjunto de condiciones que hacen posible la permanencia de la persona imputado en la localidad donde es investigada. Situaciones tales como el ejercicio de una actividad laboral, los vínculos familiares y/o amicales que tenga en la localidad, su residencia, sus bienes muebles o inmuebles, su estatus social son factores que individual o conjuntamente se proyectan para determinar el arraigo.

¹⁹¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Konrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay, pág. 629.

424. El riesgo de frustración procesal debe ser lo suficientemente razonable para marcar un límite entre lo posible y lo probable, bastando la sola probabilidad de que se presente la desaparición o indeterminación de los elementos esenciales para la consecución de la investigación preparatoria o del proceso en su conjunto, como por ejemplo la desaparición de los indicios, huellas o vestigios del delito.
425. El riesgo de frustración procesal es un presupuesto objetivo que requiere ser identificado a través de un análisis crítico a través de conclusiones posibles, por ello para su afirmación se requiere observar los eventuales efectos de su materialización, que si bien no puede identificarse como absolutos, sí se pueden sustentar como probables. Así la determinación del juicio del riesgo de frustración no admite la formulación de juicios de valor subjetivos.

1.2. Factores a evaluarse para determinar la posibilidad de frustración

426. El artículo 270° del Código Procesal Penal identifica como peligro de obstaculización: Actos tendientes a destruir, modificar, suprimir o falsificar elementos de prueba, así como actos que busquen influir en los testigos u otras personas o la capacidad para que otros realicen acciones que lo favorezcan.
- i. La situación familiar, social laboral. Lo acotado se denomina arraigo, es decir, el establecimiento de una persona al lugar por su vinculación con otras personas o cosas.
 - ii. El estadio procesal en que se encuentre al momento de analizar el riesgo de frustración.
427. Conforme lo anotado, los riesgos de frustración pueden producirse en la investigación preliminar, investigación preparatoria, fase intermedia e incluso en el curso del juicio oral.
428. Sin embargo, resulta más probable que el riesgo se produzca en la investigación preparatoria, la que incluye a la investigación preliminar, dado que en esta fase se averigua y constata la existencia de los elementos que permiten constatar la existencia de la noticia criminal o se determina el delito con todas las circunstancias que puedan influir (positiva o negativamente) en su calificación y en la responsabilidad penal del imputado. De este modo, el tiempo de duración del

proceso constituye la ocasión para materializar el riesgo de frustración.

429. En síntesis, se debe valorar cada circunstancia, cada hecho indicador sumando o restando las diferentes variables que juegan a favor y en contra de la imposición de la medida de coerción, explicando las alternativas posibles para cada hecho indicador, de modo tal que se pueda proponer una circunstancia fáctica razonablemente probable. Esto último es sumamente importante, pues como lo explica BRUZZONE "si la medida no responde a los fines del proceso, se descalifica en sí misma y como tal no podría ser utilizada".⁽¹⁹²⁾

1.3. La peligrosidad procesal

430. La posibilidad de imponer una medida cautelar depende de que el sujeto pasivo del proceso sea peligroso procesalmente, este supuesto es el fundamento que justifica la tutela cautelar.
431. La peligrosidad procesal es la aptitud y actitud de un sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal. La condición peligrosa del imputado es la que materializa el riesgo de frustración procesal. Es decir, la potencialidad del imputado para materializar el riesgo es lo que sustenta la medida cautelar.
432. Así, la peligrosidad procesal se refiere a la eventualidad que un individuo realice acciones en perjuicio de las investigaciones o del proceso penal. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el asunto DELLEPIANI MASA ha señalado:

"Que, como ya lo ha expuesto este Colegiado en el caso Silva Checa (Exp. N.º 1091-2002-HC/TC) y reiterado en los casos Chumpitaz Gonzales (Exp. N.º 1565-2002-HC/TC) y Bozzo Rotondo (Exp. N.º 376-2003-HC/TC), "[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines

¹⁹² BRUZZONE, Gustavo. A. "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el proceso penal". En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 245.

deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada".⁽¹⁹³⁾

1.4. Presupuestos específicos del riesgo o de frustración procesal relacionados al imputado

433. Son dos los presupuestos específicos a analizar para determinar el riesgo de frustración relacionados al procesado:

a. Presupuestos objetivos.- La peligrosidad procesal está relacionada con la capacidad del imputado para alterar la investigación o el proceso penal, para ello debe analizarse la capacidad para acceder y alterar determinado elemento que es objeto de protección o aptitud o disposición material sobre el objeto de protección de la medida cautelar.

i. La capacidad para acceder y alterar determinado elemento que es objeto de protección o aptitud o disposición material sobre el objeto de protección de la medida cautelar.- Este presupuesto se refiere a la capacidad para realizar actos en perjuicio del proceso, los que deben valorarse en relación con el elemento objetivo, es decir con aquello que se pretende proteger.

Para ello se debe realizar un análisis de la capacidad o aptitud con que cuenta el investigado o procesado para realizar una acción futura que ponga en peligro el objeto de protección, por ejemplo, si su posible accionar será un acto de elusión de la justicia o qué acto de entorpecimiento probatorio se le imputa.

Dentro de este ámbito, un supuesto que requiere una análisis conjuntivo es el establecido en el artículo 268° numeral segundo del Código Procesal Penal, cuando establece como presupuesto a evaluar, la peligrosidad criminal del imputado vinculado a un determinado marco delictivo y por la cual, su

¹⁹³ Exp. N° 1753-2003-Lima-HC/TC, del 11 de setiembre de 2003.

pertenencia o reintegración a una organización delictiva de cualquier tipo presumiría su peligrosidad procesal.

Se trata, desde nuestra perspectiva, de una circunstancia indicativa de peligro procesal que debe ser evaluado en forma individual en los casos que se presenta este supuesto; sin embargo cabe aclarar que una vez determinado y evaluado la existencia de este presupuesto, debe valorarse conjuntamente con la apariencia del derecho, el peligro procesal y la pena probable.

Como señala DEL RÍO LABARTHE "lo primero que se desprende de la redacción de esta norma es que califica la pertenencia del imputado a una organización delictiva como presupuesto material, es decir, lo equipara al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*. Sin embargo (...) es este en realidad un criterio que permite valorar el peligro procesal en un determinado caso concreto. Un motivo para valorar la procedencia de la prisión preventiva, siempre y cuando se ponga de manifiesto un especial riesgo de fuga u obstaculización, proveniente, no tanto del imputado, sino de los elementos materiales o personales de la organización".⁽¹⁹⁴⁾

Concordamos con el citado autor respecto a que de la redacción de la norma se ha establecido un presupuesto independiente a ser valorado, si bien es cierto desde la perspectiva de qué actos puede materializar la organización o personas vinculadas a ella para desaparecer o alterar los elementos de prueba, o sobre la capacidad de la organización para por sí mismo o a través de otros ayudar a fugar al imputado. Dicho de otro modo, lo que se debe analizar es la existencia de una capacidad material para acceder y alterar las fuentes o los medios de prueba, o la capacidad de huida del imputado como producto del respaldo de la organización.

En todos los casos, es importante tener en claro que la pertenencia o reintegración a una organización criminal, es un presupuesto a evaluar conjuntamente con la apariencia del derecho y el peligro procesal desde la perspectiva fáctica

¹⁹⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Ibidem*, pág. 66.

que se presente en el momento en que se evalúa la imposición de la prisión preventiva.

- ii. El tipo de capacidad tiene el imputado para alterar el objeto específico de protección.- Dentro de este ámbito se debe determinar qué probable conducta o acción atribuible al imputado o terceros vinculados a su persona son explicaciones posibles de actos de peligrosidad procesal.

Así, debemos analizar los presupuestos específicos que constituyen riesgo objetivo de frustración procesal que estén relacionados con la determinación del hecho. Estos tipos de riesgos de frustración están vinculados a la eventual manipulación o desaparición (por ocultación o destrucción) de las fuentes y medios de prueba dependiendo del estadio procesal en que nos encontramos:

Los riesgos relacionados con la frustración en la incorporación de la fuente, elemento o medio de prueba son: la destrucción, alteración, modificación, ocultación, entre otros.

Los riesgos de frustración relacionados con la práctica probatoria son: la imposibilidad de practicar medio de prueba provocada por el imputado, o por terceros interesados o vinculados al procesado o al caso que tienen como objetivo destruir, desaparecer, ocultar o encubrir el instrumento del delito, los medios de prueba, o algún elemento del que pueda apreciarse su vinculación, entre otros.

Asimismo, se debe analizar si los mecanismos que dispone son propios o de terceros. Ej. Dispone de condición económica como para facilitar su libertad de movimiento y/o eludir la acción de la justicia. También debe analizarse si dispone de los mecanismos suficientes para acceder y alterar o variar su situación procesal. En síntesis, debe responderse a las preguntas:

¿Qué tipo de capacidad tiene el imputado para alterar el objeto de protección?, ¿capacidad para qué?, ¿cuál es el bien jurídico objeto de protección?

Los elementos precitados se analizan en forma conjunta a efectos que la suma de probabilidades refuerce la hipótesis del peligrosidad procesal. Así, es necesario analizar la

peligrosidad procesal mediante elementos objetivables el posible origen o causa de la materialización del riesgo de frustración.

- b. **Presupuestos subjetivos.**- Dentro este ámbito se trata de analizar la personalidad del imputado, no solo respecto del hecho imputado, sino de las particularidades que la investigación y el deber de someterse al proceso le genera, y que conlleva un sufrimiento que evidentemente varía y que se acentúa y acrecienta, según las circunstancias que concurren en cada persona, así la afectación que pueda sufrir, el entorno social, profesional y de salud del imputado, así como el desmerecimiento social sufrido adquieren relevancia como una carga mayor a la que muchas personas investigadas o procesadas pueden soportar.

Para establecer una hipótesis razonable de la presencia de presupuestos subjetivos se debe realizar un análisis crítico que conduzca a determinar la disposición anímica a ejercer una aptitud que devenga en una lesión antijurídica al proceso.

- i. La aptitud o disposición anímica.- Es la predisposición o intención personal para materializar el riesgo de frustración. Se trata de una evaluación que contiene un cierto grado de valoración subjetiva, pues se basa en una prognosis de conducta futura, de la que sin embargo es posible identificar hechos indicadores de los cuales se puede apreciar la disposición anímica; para ello se parte de un ejercicio de observación de los antecedentes en el proceso o en otros sobre algún riesgo de frustración, a efectos de proyectarlos y determinar si en el caso concreto es posible postular como probabilidad la intención de una conducta que todavía no se ha materializado.

Los indicios de disposición anímica pueden provenir del estado de la causa, o la tramitación avanzada del proceso, de la habitualidad del agente para cometer el delito, la complejidad de la causa, etc.

Asimismo, se debe identificar en la conducta del imputado, manifestaciones del cuerpo o la palabra indicativas de un acto de frustración como por ejemplo: la existencia de antecedentes penales, determinados móviles en delitos cometidos con anterioridad, número de procesos pendientes, etc.

También es posible observar como parte de la estructura de razonamiento, las razones que el procesado tendría para actuar de un modo u otro a partir de una serie de coincidencias que surjan espontáneamente y de las que se puede afirmar una conclusión razonable.

El juez determinará en cada caso en concreto las probabilidades de materialización del riesgo de frustración procesal.

Por último, es posible sustentar la peligrosidad procesal en un cálculo costo-beneficio basado en la sana crítica y las reglas de la experiencia. Ej., la duración y configuración del proceso condicionan la necesidad objetiva de protección. Es de precisar que la alarma social, o el solo paso del tiempo no constituyen causales suficientes para adoptar una medida cautelar.

Los elementos desarrollados ya sea que se presenten de forma individual o en conjunto son elementos fundamentales para predecir como una de las conclusiones posibles un comportamiento elusivo al deber de someterse al proceso.

C.3. Prognosis de pena privativa de libertad

434. El artículo 268° numeral "b" del Código Procesal Penal establece como uno de los presupuestos materiales que "la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad".⁽¹⁹⁵⁾

¹⁹⁵ "El artículo 268° del Código Procesal Penal establece que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los presupuestos que se indican, la Sala considera que en el presente caso el primer presupuesto material de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión del delito y su vinculación con el imputado como autor se encuentra debidamente motivado y sustentado por el juez que dictó prisión preventiva, sin embargo no se aprecia que haya procedido de igual manera con respecto al segundo presupuesto relacionado con la "prognosis de pena", en el cual por tener procesos penales señala que la pena a imponerse al imputado sería superior a los cuatro años, lo que a criterio de este colegiado vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, al no existir en los antecedentes por no haber sido presentado por el fiscal con respecto al resultado de dichos procesos penales porque puede darse el caso incluso que el imputado sea un homónimo, o que haya sido absuelto en dichos procesos, etc. Tampoco el fiscal superior en esta instancia ha dado información sobre el particular, el propio abogado defensor informa que su patrocinado anteriormente ha sido condenado pero dice desconocer si ya cumplió con la pena, por lo que no es posible valorar debidamente la condición personal del citado imputado que en el nuevo

435. Lo que establece el párrafo precitado, es lo que se denomina una prognosis de pena abstracta, ello busca establecer un *quantum* impositivo por el cual los delitos de mayor gravedad serán aquellos en donde se podrá imponer la prisión preventiva, siempre y cuando concurren en forma copulativa los demás presupuestos materiales.⁽¹⁹⁶⁾
436. Es claro que en el caso del delito de colusión este presupuesto se cumple con creces, por lo que solo cabe afirmar que "la gravedad de la pena no basta sola para probar el peligro de fuga, sino que deben conjugarse con toda una serie de circunstancias"⁽¹⁹⁷⁾ especiales de arraigo, como sería el hecho que el imputado tuviera empleo estable, domicilio conocido, familia y otras características que permitan al juzgador inferir que no evadirá la acción de la justicia y que acudirá al llamado del juez.
437. Según lo establece la Ley N° 29758 se identifica un supuesto de colusión simple y otra agravada. Cabría preguntarnos si para los casos de colusión simple al ser la pena máxima 6 años cabría postular que el riesgo de evasión del imputado por temor a la pena será menor que en caso de la modalidad agravada.
438. Consideramos que la colusión simple permite plantearnos que el argumento de la severidad de la pena, no es un factor que puedan inducir a un riesgo de evasión por parte del imputado por si mismo, por lo que haciendo un análisis de proporcionalidad entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respete su derecho a la libertad, conexo con otros que se

modelo proceso penal es de exclusiva responsabilidad del órgano persecutor del delito, cuyo rol es precisamente hacer llegar los antecedentes al tribunal para que su petición sea amparado, en ese orden de ideas lo cierto y objetivo es que se imputa al investigado la comisión del delito de hurto agravado en hurto de tentativa, lo cual significa al amparo del artículo de 16° del Código Procesal Penal que la pena a imponerse será inferior a tres años que es la pena mínima estipulada por el tipo penal infringido, por lo cual como se reitera el segundo presupuesto en cuanto a la prognosis de pena por imperio de la ley no será superior a los cuatro años". Ejecutoria Superior. Sala Penal Permanente. Huacho. 12 de enero de 2007. Cuaderno N° 03-2007.

¹⁹⁶ "Que además como reitera este colegiado concuerda con los fundamentos de la Fiscal Superior en el sentido, que en caso, de encontrársele responsable, dado que es un reo primario, la pena a imponérsele no superaría los cuatro años, con lo cual tampoco se cumpliría el segundo presupuesto material del artículo ciento sesenta y ocho del Código Procesal Penal". Ejecutoria Superior. Sala Penal Permanente. Huacho. 18 de enero de 2007. Considerando tercero. Exp. N° 2007-009FI. 221.

¹⁹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Ob. cit., pág. 827.

presenten, la prognosis de penal no constituye un argumento capaz de generar riesgo de frustración procesal.

2. Clases de medidas coercitivas personales

A. La detención preliminar judicial

439. Se trata de una medida cautelar impuesta por el Juez de la Investigación Preparatoria⁽¹⁹⁸⁾ a solicitud del Fiscal de la Investigación Preliminar⁽¹⁹⁹⁾ consistente en una limitación de la libertad ambulatoria y cuyo fin es asegurar la persona del presunto imputado de una infracción penal que es objeto de una investigación preliminar.

440. Para la Corte Suprema, "la detención si bien es una privación de libertad provisionalísima —caracterizada por su brevedad y su limitación temporal— evita la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia —dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables— por ejemplo y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento o destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimiento, pericias forenses, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia o, según sea el caso, razones plausibles de comisión delictiva (sospechas o indicios concretos) y determinados de que una persona ha cometido un delito; no es en principio una medida

¹⁹⁸ "En el presente caso, no fue demostrado que el señor Suárez Rosero haya sido aprehendido en delito flagrante. En consecuencia, su detención debió haberse producido en virtud de una orden emitida por una autoridad judicial competente". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 44.

¹⁹⁹ "Asimismo, el Juez cuando decreta un mandato de detención preliminar a solicitud del Fiscal, debe disponer conforme al numeral 263.2 del CPP, que una vez detenido el imputado por la Policía, este sea puesto a disposición en forma inmediata del juzgado para que sea examinado con la asistencia de su defensor o el de oficio, a fin de verificar su identidad y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales, cuya labor no necesariamente lo puede hacer el juez que decreta la detención preliminar, sino el Juez que se encuentre de turno en dicho momento, que hará después poner a disposición al detenido del Fiscal de Turno, lo que no aparece haya ocurrido en el presente caso." Ejecutoria superior. Sala Permanente. Cuaderno N° 1579-2006, 27 de febrero de 2007. Párrafo 05.6.

necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva".⁽²⁰⁰⁾

441. Esta medida cautelar se encuentra prescrito en el artículo 261° y siguientes del Código Procesal Penal, y tiene por finalidad la captura temporal (24 horas) del ciudadano imputado en un hecho criminoso a efectos de que rinda su declaración, dicho de otro modo se detiene al investigado a efectos de que contribuya al esclarecimiento de las investigaciones, garantizando con ello la fluidez en el desarrollo de las actuaciones de la investigación preliminar.
442. Se exige la determinación de un hecho punible previo, en las que se determinen las circunstancias fácticas que se investigan, por lo que si bien no es necesaria la flagrancia, sí debe concurrir una vinculación clara entre el hecho delictivo investigado y el justiciable.⁽²⁰¹⁾
443. Esta medida de coerción puede ser utilizada en casos que existan fundadas sospechas, que el investigado puede realizar actos que puedan alterar el cuadro probatorio, para ello se requiere identificar aquellos indicios al amparo de los cuales se realiza tal afirmación.

B. El impedimento de salida del país

444. El impedimento de salida del país es una de las modalidades de la comparecencia con restricciones, entendida como "aquella medida dispuesta por el órgano jurisdiccional, que contiene la afectación de

²⁰⁰ Casación Penal N° 01-2007-Huaura. Sala Penal Permanente. Lima, 26 de julio de 2007.

²⁰¹ "Es necesario dilucidar qué sucede con la detención preliminar, pues el Juez la decreta cuando se cumplen los presupuestos indicados en el artículo 261.1, por lo que el Fiscal debe verificar el cumplimiento de estos presupuestos en concordancia con las conclusiones que ha obtenido de los resultados de las diligencias preliminares, cuando de estas existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito, pues cuando el Fiscal requiere la detención preliminar de un imputado estamos en el entendido de que de las diligencias preliminares se desprenden indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y de ser el caso se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, porque de no haberse verificado dichos presupuestos no habría requerido la detención preliminar, en consecuencia, junto con el requerimiento debe comunicar al Juez la formalización, continuación de la investigación preparatoria, conforme lo dispone el artículo 336.1, que debe ser concordado con el artículo 338.4, que establece que cuando se requiere una medida coercitiva como la detención preliminar, el Fiscal está obligado a formalizar". Ejecutoria Superior, Sala Penal Permanente. Considerando tercero. Carpeta judicial N° 1456-06. 26 de enero de 2006. Relación entre formalización de la investigación preparatoria y el requerimiento de detención preliminar. Párrafo 04.2.

derechos o libertades personales sin llegar a constituir una privación de libertad de manera efectiva en sede penal".⁽²⁰²⁾ En estos casos, el imputado goza de un derecho restringido a la libertad de tránsito circunscrito a la localidad en la que habita.⁽²⁰³⁾

445. Este mandato cautelar tiene la finalidad de asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, por lo que el órgano jurisdiccional solo puede adoptar esta medida cautelar a pedido del Fiscal, siempre que existan elementos de juicio suficientes que permitan razonablemente inferir que el inculcado se sustraerá del proceso penal cuando la situación en el proceso le sea desfavorable.
446. Esto significa que para la imposición particular de esta medida de comparecencia con restricciones, es indispensable evaluar la existencia del peligro fuga, que es un elemento integrante del peligro procesal, tal como está previsto en el artículo 295° del Código Procesal Penal. De esta forma se busca sujetar al imputado, pero también a un testigo importante a efectos de que colabore con la indagación de la verdad.
447. La medida cautelar de impedimento de salida del país comporta un examen de peligro procesal y verosimilitud de que el imputado eludirá la acción de la justicia, producto de una probable fuga del país. En tal sentido, el impedimento de salida del país está vinculado estrechamente al «peligro procesal» que es entendido como el análisis de las circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo de la investigación preliminar que está ligada con las actitudes y valores del procesado, su ocupación o profesión, sus bienes, sus vínculos familiares, su arraigo sólido y todo otro factor complementario adecuado que permita concluir que no abusará de su libertad, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, para eludir su posible responsabilidad penal.⁽²⁰⁴⁾

²⁰² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 743.

²⁰³ "Dicho impedimento de salida deberá ser dictado atendiendo a la naturaleza de dicha medida y a las necesidades que existan al interior de un proceso, las cuales pueden ir graduándose de acuerdo con su desarrollo y/o al latente peligro procesal que evidencie que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En ese sentido, el juez, dentro de dicha graduación, puede llegar incluso a dictar la orden de detención del acusado, máxima restricción a la libertad individual". Exp. N° 1790-2005-PHC/TC. Lima, 4 de mayo de 2005.

²⁰⁴ "Al advertirse que el inculcado ha señalado domicilio y ocupación conocidos, así como estando a las condiciones personales del mismo, esto es que en autos no obra certificado

448. Así, el peligro de fuga no puede subsumirse o identificarse absolutamente con el *fumus boni iuris*, pues el juez siempre ha de ponderar otros estándares que puedan acreditar la ausencia del peligro de fuga del imputado, no se trata pues de expresar la existencia abstracta de la posibilidad de fuga del inculpaado, sino enervar con un razonamiento explicitado objetiva y subjetivamente particularizado, la fuerte presunción de que el procesado abusando de su libertad no retornará al país.⁽²⁰⁵⁾
449. Esto significa que la presencia de un riesgo de fuga no puede ser considerada de improviso, ni únicamente en atención a la gravedad de la pena imponible, que según el artículo 295° del Código Procesal Penal debe ser pena privativa de libertad mayor de tres años.
450. Si bien el peligro de fuga puede estar presente al inicio de la imposición de la medida cautelar, ello no significa que permanezca estática, dado el carácter provisional de esta medida. Por tanto, los elementos que se tuvieron en cuenta al momento de decretarla pueden haber sido modificados, tanto por la aparición de otros elementos indiciarios, medios de prueba o por el mero transcurso del tiempo, ya que a mayor tiempo de permanencia del imputado en proceso, hay menor riesgo de fuga.
451. Así, en el momento de adopción inicial de la medida, el riesgo de fuga se puede sustentar solo en circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, mientras que con el transcurso del tiempo, se han de ponderar las circunstancias personales del privado de libertad y del caso concreto.
452. El avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano jurisdiccional debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis. En tal sentido,

que le registre antecedentes penales, ni policiales, ni requisitorias, lo cual hace prever la no existencia de peligro procesal". Exp. N° 7158-97-A. Lima, 16 de enero de 1998.

²⁰⁵ Ciertamente el sector de la jurisprudencia ha considerado que para evaluar la presencia del peligro de fuga, se debía considerar conjuntamente el análisis de la prognosis de pena privativa de la libertad. Al margen de las críticas que se pueden hacer a esta forma de interpretación, lo cierto es que la reducción de la prognosis de pena a un año, le quita legitimidad a esta forma de interpretación, toda vez que este requisito se ha hecho extensivo a casi todos los tipos penales, por lo que su inclusión para analizar el peligro de fuga le quita razonabilidad a esta forma de interpretación.

cabe supuestos en que la investigación se halle avanzada respecto de la determinación de la imputación, situación que se presenta con el auto de enjuiciamiento y la eminente proximidad de la celebración del juicio oral, hecho este que puede incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga.

453. Asimismo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que acabamos de indicar, no solo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como razonó el Tribunal Constitucional español en la STC N° 128/1995 "el argumento del peligro de fuga se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el imputado. Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral —dato puramente objetivo—, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado".

C. La detención domiciliaria

454. Se trata de una medida cautelar que tiene por finalidad limitar el espacio físico del procesado a una localidad determinada en un inmueble en concreto, que no necesariamente es el domicilio del imputado, a efectos de evitar el peligro de entorpecimiento de las investigaciones o de los actos de búsqueda de medios de pruebas.⁽²⁰⁶⁾
455. Esta medida cautelar difiere de la prisión preventiva tanto en su intensidad a la hora de afectar la libertad personal en su garantía de libre tránsito, como en las afectaciones psicológicas, familiares, laborales, que el encierro en cárcel pública ocasiona en el procesado, así como en su ejecución.⁽²⁰⁷⁾ Así, la detención domiciliaria, llamada

²⁰⁶ "(...) el arresto domiciliario es una medida cautelar y no una sanción punitiva". Fundamentos del Magistrado Eto Cruz. Exp. N° 6201-2007-PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

²⁰⁷ "(...) El Tribunal en la STC 00019-2005-PI/TC, en el sentido que la ejecución del arresto domiciliario no supone una injerencia sobre la libertad personal de la misma intensidad que la que ocasiona la prisión preventiva". Fundamentos del Magistrado Eto Cruz. Exp. N° 6201-2007-PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

también arresto domiciliario, es una solución más aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica un desmedro que va más allá de las restricciones propias de la ejecución de la pena.

456. Del criterio anotado es el Tribunal Constitucional que en las siguientes sentencias ha establecido que:

"(...) la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo. No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante y evitando el "contagio criminal" al que se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad, a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia".⁽²⁰⁸⁾

De este modo "(...) no toda medida de comparecencia con detención domiciliaria afecta con la misma intensidad la libertad personal de los procesados, habida cuenta que dentro de esta medida de coerción personal existen distintos grados de afectación de la libertad personal. Así, por ejemplo, no se puede equiparar una detención domiciliaria en la que se autoriza acudir al centro de trabajo o a estudiar, de aquella detención domiciliaria en la que no existe tal autorización. De igual modo, no se puede equiparar la detención domiciliaria en custodia de otra persona, de aquella detención domiciliaria en custodia permanente de la autoridad policial, etc."⁽²⁰⁹⁾

457. Así, "el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de una restricción del derecho a la libertad personal en el arresto domiciliario; sin embargo, de ninguna manera puede equipararse a una detención preventiva o al cumplimiento de una pena privativa de la libertad al interior de un establecimiento penitenciario".⁽²¹⁰⁾

²⁰⁸ Exp. N° 0731-2004-HC/TC Lima, 16 de abril de 2004.

²⁰⁹ Fundamentos del Magistrado Eto Cruz. Exp. N° 6201-2007-PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

²¹⁰ Fundamentos de los votos singulares de los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Calligos. Exp. N° 6201-2007PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

458. Como se aprecia, la detención domiciliaria se aplica solo en casos tasados, que favorecen a determinados procesados a los que se refiere el artículo 290° numeral primero del Código Procesal Penal.

459. Los casos que procede detención domiciliaria están establecidos en el artículo 290° del Código Procesal Penal cuando señala:

1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:
 - a) Es mayor de 65 años de edad;
 - b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
 - c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
 - d) Es una madre gestante.
2. En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.
3. La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución —pública o privada— o de tercera persona designada para tal efecto.

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.

4. El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273° al 277° del Código Procesal Penal.
5. Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez —previo informe pericial— dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

460. La norma establece un catálogo de casos en donde es admisible imponer detención domiciliaria, sin embargo consideramos posible la aplicación de esta medida cautelar, en aquellos supuestos en que está en peligro inminente la vida o la salud del imputado o en casos de peligro de la vida del imputado⁽²¹¹⁾, ello en aplicación de los principios *pro homine* y de dignidad humana; en cualquier otro supuesto, es de plano nulo.⁽²¹²⁾
461. Es de precisar que en aplicación del principio de disposición de parte, corresponde al sujeto procesal que postula se imponga esta medida cautelar, para ello debe alegar y demostrar que se encuentra dentro de alguno de los supuestos previstos en el artículo 290° del Código Procesal Penal.
462. Asimismo, respecto del lugar donde debe cumplirse la detención domiciliaria se entiende que esta medida cautelar tiene la finalidad de restringir la libertad del imputado a un determinado espacio físico, que puede ser el domicilio (caso Chumpitaz), un ambiente acondicionado como lugar de residencia y de trabajo (Caso Bozzo Rotondo), entre otros. Lo anotado resulta acorde con el numeral tercero del artículo 290° del Código Procesal Penal cuando señala que la detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el juez designe y que sea adecuado a esos efectos.
463. Al respecto, la Resolución Administrativa de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 029-2011-SP-CS-PJ de fecha 31 de marzo de 2011 establece una serie de reglas para la implementación de la detención domiciliaria establecida en el artículo

²¹¹ "Que, atendiendo también al Principio de Humanidad considero que se debe aplicar lo dispuesto en el artículo doscientos noventa numeral uno acápite c), con respecto a la detención domiciliaria que establece que cuando una persona que sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, una persona que se encuentra herida de bala con las consecuencias que se han mostrado y con el informe médico, considero que no puede señalarse que exista un peligro de fuga por estar su desplazamiento en cuestión". Ejecutoria Superior, Sala Penal Permanente. Considerando tercero. Voto discordante del magistrado Víctor Raúl Reyes Alvarado. Expediente N° 2007-0015 FI.31, 22 de enero de 2007.

²¹² "(...) en esta Audiencia se introdujo la información no cuestionada por ninguna de las partes respecto a que el imputado es una persona de 75 años, cuya edad también debe ser tomada en consideración al momento del dictado de una medida coercitiva de carácter personal de mucha mayor intensidad que la de comparecencia simple". Ejecutoria Superior, Sala Penal Permanente, Huacho, 2 de mayo de 2007, Resolución N° 3.

143° del Código Procesal Penal, pero que a nuestra consideración es aplicable para el artículo 290° del Código Procesal Penal:

Artículo 2°.- Establecer que, para adoptar una determinada modalidad de detención domiciliaria, el Juez debe cuidar que esté garantizado el cumplimiento de dicha medida. Esta modalidad puede variar según las circunstancias de la causa, las condiciones personales del imputado o la necesidad de protección (...).

Artículo 3°.- Disponer que frente a la comunicación de la autoridad policial –previo traslados y actos de indagación policial si fuera el caso– el juez debe pronunciarse motivadamente sobre la modalidad y especialidad adoptada de detención domiciliaria.

464. Conforme lo establece la Resolución Administrativa concordante con la norma procesal, será el Juez quien decidirá el lugar en donde el procesado cumplirá la detención domiciliaria. Por lo que si existiera incertidumbre respecto de la seguridad del lugar en que habrá de domiciliarse, se debe agregar a la detención domiciliaria otras medidas coercitivas, sean estas de naturaleza personal o reales que aplicadas sirvan como pautas de cumplimiento que aseguren la efectivización de la detención domiciliaria.
465. Es de notar "(...) que el arresto domiciliario se diferencia de la comparecencia simple en que en el primero de los nombrados es la libertad ambulatoria o locomotora del inculcado la que se encuentra limitada; mientras que en la segunda, se establecen reglas de conductas, que deberán cumplirse obligatoriamente, pero en libertad, pudiendo ser revocada la misma, en caso de incumplimiento de alguna de ellas".⁽²¹³⁾

D. La prisión preventiva

466. La prisión preventiva o prisión provisional⁽²¹⁴⁾ es una medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional que tiene por finalidad limitar temporalmente la libertad del imputado de la forma más grave, a efec-

²¹³ Fundamentos del Magistrado Fernando Calle Hayen. Exp. N° 6201-2007PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

²¹⁴ "Puede ser oportuno poner de manifiesto que de esta institución suele hacerse mención con dos adjetivos distintos prisión provisional y prisión preventiva. Ambos designan la misma realidad, haciendo énfasis el primero, en una de sus notas más destacadas, su interinidad y duración limitada; y otra, su función y carácter de prevención de ciertos riesgos

tos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal. En tal sentido, circunscribe el *ius ambulandi* del justiciable a un espacio controlado (la cárcel) a efectos de evitar una probable sustracción del proceso penal (acción de la justicia) o, con el propósito de evitar un razonable peligro de obstaculización respecto al esclarecimiento de los hechos imputados.⁽²¹⁵⁾

467. La Corte Suprema es del criterio que "la prisión preventiva (...) es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene fin punitivo). Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un periodo de tiempo más lato, a requisitos más exigentes –cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él– tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla, cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican –sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación".⁽²¹⁶⁾
468. En la doctrina nacional ORÉ GUARDIA entiende que "el nuevo Código Procesal Penal de 2004 dispone en su art. 243°, inciso 3 que la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva".⁽²¹⁷⁾

que trata de conjurar, derivándolos de la duración del proceso". GUTIÉRREZ DIAS CABIEDES, P. *La Prisión Provisional*. Editorial Arazandi, Navarra 2004, pág. 49.

²¹⁵ "La detención es una medida coercitiva que solo debe ser aplicada en casos en que sea indispensable para los fines del proceso, puesto que se trata de la restricción de la libertad personal que es un bien jurídico susceptible de ser afectado siempre que se den los presupuestos legales del artículo 135° del Código Procesal Penal, no así en caso de interpretación extensiva sobre las normas restrictivas de derechos". Exp. N° 843-98-A. Lima, 27 de febrero de 1998.

²¹⁶ Casación Penal N° 01-2007-Huaura. Sala Penal Permanente. Lima, 26 de julio de 2007.

²¹⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Las Medidas Cautelares Personales". Justicia Constitucional. En: Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 3, enero-junio, Lima, 2006, Palestra Editores, pág. 140.

469. Ahora bien, para que se imponga esta medida cautelar debe existir una imputación formal fundamentada debidamente por el Fiscal y en la que concurran los siguientes presupuestos:
- 1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probable razonabilidad, autor o partícipe de un hecho punible y,
 - 2) La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad; ambos requisitos deben concurrir de manera simultánea y copulativa.
470. El Juez de la Investigación Preparatoria solo ordenará la detención preventiva, si existen suficientes elementos de convicción, debidamente fundamentados, que justifiquen la realización de un proceso para su apropiado juzgamiento; esto significa que el Juez, frente a la solicitud de medidas cautelares por parte del Fiscal, debe verificar primero la seriedad de los cargos, estos es, que en una apreciación temprana de la información presentada por el Fiscal, estos denoten los elementos necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficientemente convincente, en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en sentencia.
471. Se trata de que el Juez de la investigación Preparatoria parta de una pauta objetiva del que se pueda deducir razonablemente el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio, poniendo implícitamente en cabeza del Fiscal la carga probatoria a ese respecto, exigiendo de tal modo la demostración de riesgo para el proceso.
472. Esta hermenéutica, al requerir la demostración de riesgo concreto para el avance de la investigación o, en su caso, el cumplimiento de un eventual resultado condenatorio del juicio, evidencia el resguardo judicial de la garantía de libertad corporal y ambulatoria, mientras una sentencia firme no haga cesar el derecho fundamental de presunción de inocencia; fortaleciendo la seguridad jurídica en la vigencia de pautas constitucionales contenidas en la Constitución y en las normas supranacionales de Derechos Humanos, reconociendo de ese modo el fundamento y límite de la posibilidad del Estado de encarcelar a un ciudadano preventivamente.⁽²¹⁸⁾

²¹⁸ "Que, el nuevo Código Procesal Penal establece de manera clara, expresa y taxativa las medidas de coerción procesal, incluso, en la sección tercera del título primero ha estable-

473. Corresponde, en tal sentido, que el Juez realice una evaluación de la pretensión fiscal que consta de dos tipos de análisis. Un primer análisis parte de la comprobación de la existencia de medios de prueba suficientes que incriminen de forma razonable al imputado con el hecho punible, esto se puede lograr a partir de la existencia de testigos, peritos o documentos que apreciados en conjunto permitirán realizar un juicio valorativo preliminar respecto de la solidez de las imputaciones propuestas en la hipótesis fiscal, de modo que apreciados en conjunto estos antecedentes convenzan al Juez de la Investigación Preparatoria que los hechos requieren ser discutidos en un juicio oral, encontrándose de este modo satisfecho el presupuesto material.⁽²¹⁹⁾
474. Un segundo análisis parte de valorar el comportamiento del procesado en el curso de las investigaciones, su actitud respecto del esclarecimiento de los hechos, el contexto social del imputado, la existencia de medios de prueba actuados, de los medios de prueba faltantes, esto último permitirá hacer una prognosis sobre la presencia o no de un probable peligro de obstaculización.
475. Cabe notar que esta medida cautelar solo tiene como fines sujetar al imputado al proceso, cualquier otra finalidad es descartada por unanimidad, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.⁽²²⁰⁾

cido preceptos generales, preceptos que deben ser observados en primer lugar previo al análisis en concreto de los presupuestos que establece la prisión preventiva contenida en el artículo 268° del acotado cuerpo legal". Ejecutoria Superior. Sala Permanente. Resolución N° 6, 30 de marzo de 2007. Considerando primero.

²¹⁹ "El juez puede dictar mandato de detención, si existen suficientes elementos de prueba que vinculen al inculpadó con el hecho que se le imputa, si la sanción a imponerse supera los cuatro años de pena privativa de libertad y, en razón de sus antecedentes, considere que el procesado tratará de eludir la acción de la justicia o perturbará la actividad probatoria. Tanto el primero como el tercero de los supuestos aludidos permiten una apreciación subjetiva del juzgador, pero el segundo de los requisitos mencionados es meramente objetivo y debe considerarse lo expresamente señalado en el ordenamiento sustantivo para cada una de las conductas delictivas que contempla". Exp. N° 1945-93-Lima, 28 de octubre de 1994.

²²⁰ "Que, la privación de la libertad como medida cautelar no puede entenderse como un adelantamiento de la pena, por tanto el abogado defensor ha presentado fotografías de la situación como se encuentra su cliente que ha sido puesto en conocimiento del Ministerio Público, además existen informes médicos del imputado que establecen la gravedad con la cual se encuentra por herida de arma de fuego, en consecuencia atendiendo a los principios de proporcionalidad y excepcionalidad que permite el Nuevo Código Procesal establecer otras formas de medidas para una persona herida de esta manera". Ejecutoria

476. Respecto a los efectos que causa esta medida de coerción en el imputado, señala el Tribunal Constitucional que "(...) Los efectos personales del dictado de una medida de detención llevada a cabo en un establecimiento penal son sustancialmente análogos al cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad (produciendo el mismo grado de afectación a la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática)".⁽²²¹⁾

3. Medidas coercitivas de naturaleza real

A. Fundamentos

477. Dentro del ámbito de las medidas cautelares que establece el Código Procesal Penal se encuentran las medidas cautelares de naturaleza real, que son diferentes de las medidas de naturaleza personal por cuanto su finalidad es la de asegurar, conservar, custodiar y sujetar al imputado al proceso penal desde la esfera de su patrimonio.⁽²²²⁾ Por tanto, intrínsecamente aseguran el desarrollo normal de los actos procesales y de la aplicación de la ley.
478. En buena cuenta, las medidas de coerción real deben su objeto a fines directos del proceso penal como son:
- a) Evitar la libre disponibilidad de los bienes patrimoniales por parte del imputado o terceros que lo detentan a través de actos de frustración como son el embargo, la orden de inhibición, el secuestro, el depósito, la ministración provisional, entre otros, salvaguardando de este modo las posibles consecuencias patrimoniales del delito.

Superior, Sala Penal Permanente. Considerando segundo. Voto discordante del magistrado Víctor Raúl Reyes Alvarado. Expediente N° 2007-0015 FI.31, 22 de enero de 2007.

²²¹ Fundamentos de los votos singulares de los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. Exp. N° 6201-2007PHC/TC. Lima, 10 de marzo de 2008.

²²² "Las medidas cautelares reales personales son aquellas medidas procesales del órgano jurisdiccional que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede, a declarar en su día la sentencia". ARANGUENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español*. Editorial J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1991, p. 119.

- b) Es un mecanismo alternativo a la imposición de alguna de las medidas de coerción personal, particularmente las relacionadas con la comparecencia con restricciones.
- c) Es un medio que evita la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos.
- d) Es un mecanismo que permite la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito. Precisamos que los dos últimos supuestos están regulados bajo la institución procesal denominada, medidas anticipadas,⁽²²³⁾ regulada por el artículo 312° del Código Procesal Penal.

479. Esta actividad se denomina coerción procesal, porque restringe o suspende temporalmente el ejercicio de los derechos patrimoniales del justiciable en aras de asegurar la futura ejecución de la reparación civil.

480. CLARÍA OLMEDO precisa que "la coerción es real cuando un conjunto de medidas que la integran recaen en definitiva sobre objetos materiales y no sobre las personas, aunque en alguna medida pueden afectar a estas o servir de medio para la coerción personal. Afectan elementos probatorios distintos de la persona misma, o bienes del imputado o de terceros, para asegurar la prueba material o la responsabilidad pecuniaria ante la eventualidad de una condena".⁽²²⁴⁾

481. Tan importante como las medidas que sujetan al imputado al proceso, resultan ser las medidas que evitan que sustraiga su patrimonio, en atención a una posible sentencia condenatoria. De esta forma, la justicia debe buscar que el proceso penal pueda hacer efectiva una posible reparación pecuniaria del perjuicio causado.⁽²²⁵⁾

²²³ Artículo 312° del Código Procesal Penal.- El Juez, excepcionalmente, a pedido de parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito.

²²⁴ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 385.

²²⁵ "Cabe señalar que las medidas cautelares de naturaleza personal tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso penal instaurado en su contra, las que conforme a nuestro ordenamiento procesal penal pueden ser el mandato de comparecencia y la medida extraordinaria de detención, atendiendo fundamentalmente a los principios de proporcionalidad, necesidad y suficiencia probatoria; en cuanto a esta última medida excepcional, el artículo 135° dispone que para su imposición es necesario que se satisfaga de manera conjunta, los siguientes presupuestos: 1) la

482. En este sentido, "las medidas cautelares personales tienden a asegurar la responsabilidad penal o personal del delito, esto es, el contenido penal del fallo condenatorio, las medidas cautelares reales tienden en el proceso penal a garantizar con carácter general la responsabilidad civil dimanante del delito o, lo que es lo mismo, el contenido meramente civil de la sentencia de condena y también ciertos contenidos penales del mismo. (...) Desde este punto de vista, las medidas cautelares reales o patrimoniales tienen ocasión de ser adoptadas en todo el proceso penal"⁽²²⁶⁾

B. Presupuestos materiales de las medidas coercitivas de naturaleza real

483. Toda decisión restrictiva del derecho a la libre disposición patrimonial, exige una resolución cuya fundamentación no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión.

484. Lo dicho implica que la resolución que determine la medida de coerción procesal debe, en cada caso concreto, examinar la concurrencia de los antecedentes fácticos justificativos de esta medida limitativa de derechos, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos que motivan la consecución de estos fines, especialmente el *periculum in mora* (peligro procesal) y el *fumus boni iuris* (apariencia del derecho), por lo que el *a quo*, debe motivar expresamente y de forma clara la presencia de los presupuestos concurrente previstos para la medida de coerción que se pretende implementar.

existencia de elementos probatorios suficientes que vinculen al procesado con los hechos instruidos, 2) que la prognosis de pena a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad y, 3) que exista peligro procesal. En este orden de ideas, se debe analizar la existencia de elementos de juicio que permitan la concurrencia de los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, en el caso falte alguno de ellos, nuestra legislación prevé como alternativa la medida de comparecencia como mínima restricción personal del imputado". Exp. N° 004-2004-A. Dictamen N° 073-2005. Lima, 30 de junio de 2005. Fiscal Supremo: SÁNCHEZ VELARDE.

²²⁶ MORENO CATENA, Víctor, COQUILLAT, Vicente, ÁNGELA, DE DIEGO DIEZ, Alfredo, JUANES PECES, Ángel, DE LLERENA SUÁREZ BARCENA, Emilio. *El Proceso Penal*. Volumen II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1778.

485. Así, nuestro ordenamiento procesal penal exige para las medidas cautelares de naturaleza real, los mismos presupuestos materiales que para imponer las medidas cautelares de naturaleza personales; en tal sentido, no se trata de una potestad autónoma, sino de una vinculada al objeto del proceso y ello implica acreditar de modo concurrente los dos requisitos normativos aludidos, como son:

a) **La apariencia del título del buen derecho.**- El *fumus boni iuris* o *fumus commissi delicti* es un presupuesto fundamental para acordar la tutela cautelar, que se traduce en un juicio o razonamiento por medio del cual el órgano jurisdiccional considera como probable la existencia de un hecho delictivo, imputable a una persona determinada, en la que concurren indicios racionales de criminalidad que el tipo penal prevé, y en virtud de lo cual se deberá decretar la tutela cautelar para asegurar la efectividad de la futura pena que lleve aparejado el delito.

Desde este punto de vista, la procedencia de estas medidas está condicionada a la verificación de los presupuestos generales contenidos en este supuesto, y entendida como la apariencia del derecho subjetivo contenido en el título de imputación.

Es de notar que el juicio de valor realizado está homogénea y directamente vinculado con el hecho punible que se estima sancionable mediante la imposición de aquella, e inversamente proporcional al estadio de probabilidad que se tenga al respecto, entendida como la situación de equilibrio entre los motivos concurrentes a mantener una determinada decisión y los divergentes de la misma, ello connota un predominio de unos sobre otros, o como dice ELLERO "el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocer tal carácter".⁽²²⁷⁾

"En consecuencia, la concreción de dichos indicios racionales de criminalidad, con la duda sobre la existencia real de los hechos punibles y sobre la culpabilidad del acusado que, de forma inherente proyectan los mismos, se erigen en el *fumus boni iuris* de cara a la adopción de las medidas cautelares contempladas (...). En definitiva, cuanto más sólida y fundada sea la sospecha de que una determinada persona ha cometido un determinado he-

²²⁷ "ELLERO, Pietro. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de Prueba en Materia Penal*. Traducción de Posada, Adolfo. 3ª Edición, Madrid, 1913, pág. 83.

cho punible, más sólido y fundado será que la misma pueda ser civilmente responsable de los daños y perjuicios causados con dicha conducta criminal".⁽²²⁸⁾

De lo anotado es importante resaltar que debe existir una mínima investigación preparatoria de la cual se derive la concurrencia de indicios concurrentes de criminalidad que permitan a través de un juicio lógico y racional estimar como probablemente constituido el delito y como presuntamente responsable del mismo al imputado.

- b) **El peligro procesal.**- El peligro procesal en su vertiente *periculum in mora* constituye un principio informador de las medidas coercitivas reales, que no necesita demostración como sucede en el proceso civil, toda vez que se presume que el mero transcurso del tiempo hace probable que el sujeto pasivo malbarate o dilapide sus bienes, por ello se hace necesario adoptar las previsiones pertinentes con el fin de hacer posible la efectiva práctica de la resolución final.

Acorde a lo anotado debemos agregar que para el proceso penal no es trascendente que el sujeto pasivo alegue o pruebe su suficiencia patrimonial, ya que lo que será objeto de cautela real estará supeditado a una ponderación judicial, en la que primarán los principios constitucionales esbozados en la primera parte de nuestro trabajo.

Asimismo, otro elemento caracterizador de este tipo de medidas en el ámbito procesal penal, es que la obligación de resarcir no surge hasta que exista una sentencia firme que así lo exija.

Por ello que se dice que el presupuesto del *periculum in mora* se circunscribe a la posibilidad de que la irremediable duración del proceso provoque situaciones dañosas para la víctima del delito, hasta el punto de evitar o limitar la satisfacción de la pretensión resarcitoria, haciendo que esta se presente difícil o de imposible cumplimiento jurídico, debido a la probable dilapidación, malbaratación, distracción, así como otras maniobras que sobre su patrimonio realice el imputado, ya sean estas reales o ficticias.

²²⁸ GIMENO SENDRA, Vicente et al. *Los Procesos Penales*. Volumen I. Op. cit., págs. 505.

Del concepto anotado se desprende dos elementos que concurren en el *periculum in mora*:

- i. La necesidad de que la resolución final proceda en un periodo de tiempo meridianamente largo, y
- ii. Que se presente el peligro de infructuosidad y "que supone que durante ese lapso de tiempo se sucedan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten la efectiva práctica de la resolución principal, al haber disminuido o desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la ejecución".⁽²²⁹⁾

Desde esta perspectiva, "parece claro que el peligro que se quiere contrarrestar no deviene dado por otra circunstancia que no sea la existencia de indicios racionales de criminalidad y, con ellos, el incremento del índice de probabilidad de que un sujeto determinado sea condenado por un delito o falta en cuya comisión se hayan ocasionado daños o perjuicios de índole patrimonial.

Así, a mayores dosis de sospecha sobre la realidad del hecho punible y sobre la culpabilidad del inculpado, mayores probabilidades de que el mismo sea declarado responsable civil y, por último, mayor peligro de que durante el proceso pueda intentar constituir una situación de insolvencia patrimonial que le impida, llegado el momento, hacer frente a dicho tipo de responsabilidad".⁽²³⁰⁾

- c) **Prognosis de pena superior a cuatro años.**- La prognosis de pena, si bien representa un elemento importante, no debe considerarse como determinante, ya que primero debe examinarse el peligro procesal y el de fuga; por último, se ponderará la prognosis de pena, así debe examinarse si la prognosis de pena privativa alterará la valoración de los dos primeros presupuestos y por tanto, si determinará la posibilidad de que el imputado se sustraiga de la acción penal; de esta forma el monto a imponerse por concepto de caución o embargo estará en proporción a las probabilidades de que el imputado retrase o se sustraiga de la acción penal.⁽²³¹⁾

²²⁹ ARANGUENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Op. cit., págs. 50, 51.

²³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. *Los procesos penales*, et al., Op. cit., págs. 505, 506.

²³¹ "Tercero: En este sentido, para fijar el monto que por concepto de caución ha de imponerse, se deberá tener en cuenta criterios de gravedad de los hechos que se imputan al

Lo expresado se sintetiza en establecer con meridiana claridad si la prognosis de pena es determinante para imponer una medida coercitiva real mayor en base a las circunstancias fácticas, por lo que si no concurren conjuntamente con estas el peligro procesal o de fuga, la sola prognosis de pena privativa mayor a cuatro años es insuficiente para imponer una caución.

En los casos en que se manifieste algunos elementos del peligro procesal o de fuga, con una pena privativa de mediana intensidad, el órgano jurisdiccional debe realizar un juicio de ponderación para establecer una medida coercitiva acorde para sujetar al imputado al proceso, pero que a su vez no sea tan excesiva que impida su cumplimiento.⁽²³²⁾

En conclusión, la prognosis de pena privativa de libertad es un requisito coadyuvante del peligro procesal, por lo que resulta indispensable su determinación previa para establecer el monto de la medida coercitiva, así a mayor presencia del peligro procesal, mayor será la exigencia de una restricción patrimonial superior que limite la posibilidad de una eventual sustracción del proceso por parte del imputado.

4. Clases de medidas de coerción real

4.1. La caución

A. Definición

486. El artículo 289° del Código Procesal Penal, señala que:

procesado, con estrecha relación de un probable peligro procesal que no permita cumplir con los fines del proceso; y las condiciones personales basadas en su posición económica, que conlleve al juzgador a deducir de manera razonable, el cumplimiento con la obligación impuesta". Exp. N° 042-2003-B. Sala Penal Especial "C". Lima, 21 de septiembre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

²³² "Segundo. Que la aplicación de los principios específicos de necesidad y razonabilidad, son distintos a los requisitos de motivación y fundamentación en derecho, proscriben la arbitrariedad y se sustentan en elementos fácticos aportados por la propia investigación judicial teniendo en cuenta el patrimonio, capacidad económica y modo de vida del procesado, en consecuencia la medida cautelar de caución tiene como propósito, asegurar la concurrencia y sujeción al proceso". Exp. N° 042-2003-B. Sala Penal Especial "C". Lima, 21 de septiembre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

1. La caución consistirá en una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad.

La calidad y cantidad de la caución se determinará teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la condición económica, personalidad, antecedentes del imputado, el modo de cometer el delito y la gravedad del daño, así como las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad fiscal o judicial.

No podrá imponerse una caución de imposible cumplimiento para el imputado, en atención a su situación personal, a su carencia de medios y a las características del hecho atribuido.

2. La caución será personal cuando el imputado deposita la cantidad fijada en la resolución en el Banco de la Nación. Si el imputado carece de suficiente solvencia económica ofrecerá fianza personal escrita de una o más personas naturales o jurídicas, quienes asumirán solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que se le haya fijado. El fiador debe tener capacidad para contratar y acreditar solvencia suficiente.
3. La caución será real cuando el imputado constituya depósito de efecto público o valores cotizables u otorgue garantía real por la cantidad que el Juez determine. Esta caución solo será procedente cuando de las circunstancias del caso surgiera la ineficacia de las modalidades de las cauciones precedentemente establecidas y que, por la naturaleza económica del delito atribuido, se conforme como la más adecuada.
4. Cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, o siendo condenado no infringe las reglas de conducta que le fueron impuestas, le será devuelta la caución con los respectivos intereses devengados, o en su caso, quedará sin efecto la garantía patrimonial constituida y la fianza personal otorgada.

487. Como se aprecia, el órgano jurisdiccional puede imponer la caución como medida única, combinarla con alguno y/o todos los supuestos previstos en artículo 288° del Código Procesal Penal, debiendo sujetarse el procedimiento y los alcances de la caución dentro del marco que establece el artículo 289° del Código Procesal Penal, partiendo

del entendido que solo es aplicable al imputado que dispone de capacidad económica de cumplimiento.⁽²³³⁾⁽²³⁴⁾

488. La Corte Suprema señala que "la caución económica, asociada al peligro de fuga, es propiamente una garantía que tiene como fin asegurar exclusivamente el cumplimiento de las obligaciones o restricciones de la comparecencia del que se halla en libertad, a los fines del proceso penal —garantizar, en suma, que no eluda o perturba la acción de la justicia—. Se expresa en la forma de un compromiso o garantía patrimonial de buen comportamiento futuro, cuya insatisfacción origina su ejecución o pérdida. Su sentido sustancial es, pues, disminuir el peligro procesal, en especial el de fuga. Por consiguiente, si no se presta la caución es claro que el peligro procesal se actualiza al no existir garantía patrimonial de su cumplimiento —peligro que se entendió bloqueada la caución— y, por tanto, es inevitable que decae la medida garantizada con ella (...)"⁽²³⁵⁾
489. Acorde con la jurisprudencia, podemos afirmar que la restricción patrimonial funge como un mecanismo de sujeción al proceso, desde la perspectiva que evita o cuando menos limita la potencialidad del imputado para materializar el riesgo concreto de fuga, esto es, lo que se denomina peligrosidad procesal⁽²³⁶⁾, que no es otra cosa que la

²³³ "El Código Procesal Penal faculta al favorecido con la libertad provisional ofrecer a cambio de la caución impuesta una garantía suficiente, debiendo entenderse que a quien corresponde considerar de suficiente o no la garantía es al órgano jurisdiccional ...del cuaderno de libertad provisional que se tiene a la vista el beneficiario solicita la sustitución de la caución fijada, ofreciendo en garantía un inmueble; (...) la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia deniega la referida solicitud mediante la resolución cuestionada, por considerar que el procesado cuenta con suficiente capacidad económica para abonar la caución fijada, habiendo arribado a esta convicción basándose en las propias afirmaciones del beneficiado, en el sentido que es propietario de un negocio y de un inmueble y que tiene un ingreso de ocho mil nuevos soles mensuales. La mencionada resolución está debidamente motivada y ha sido expedida en el marco de un procedimiento regular por lo que es de aplicación lo dispuesto en el inciso 2º de la Ley 23506". Exp. N° 661-97-HC/TC. Lima 25 de setiembre de 1999.

²³⁴ "La caución se fijará solamente cuando se trate de imputados con cierta solvencia económica y consistirá en una suma de dinero que se fijará en la Resolución; y, considerando que la inculpada recurrente se dedica a las labores domésticas, labor diaria por la que no percibe un ingreso económico elevado, es menester rebajar el monto de la caución fijada, en forma proporcional". Exp. N° 6433-97. Lima 8 de abril de 1998.

²³⁵ Sala Penal Permanente. R.N. N° 3100-2009/Lima, 17 de febrero de 2010. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de SAN MARTÍN CASTRO.

²³⁶ Así, la peligrosidad procesal se refiere a la eventualidad que el imputado realice acciones en perjuicio de las investigaciones o del proceso penal.

aptitud y actitud del justiciable para materializar un riesgo de frustración procesal.

490. Desde esta perspectiva, la caución debe entenderse como la garantía de sujeción al proceso impuesta como una de las variantes del mandato de comparecencia con restricciones, cuando exista evidencias de peligro procesal.⁽²³⁷⁾ En ese sentido, su finalidad es de neutralizar la presunta elusión de la acción de la justicia que pesa sobre él, al absolver en parte la efectividad asegurativa de las medidas cautelares personales.
491. "En principio, como regla básica que guía el análisis de la caución real es de reconocer que el bien que se ofrece para garantizar patrimonialmente la caución debe estar dotado de un conjunto de seguridades que permitan, en su día, su ejecución rápida y efectiva. Cualquier debilidad en el bien autoriza al Tribunal a rechazarlo. (...) Pero, no se trata solo de que se ofrezca un bien libre y de segura ejecución. Lo que la ley procesal nacional exige es que se empoce la cantidad exigida en el Banco de la Nación, o se constituya una garantía patrimonial suficiente a nombre del órgano jurisdiccional hasta por dicho monto, o –si carece de solvencia económica– se ofrezca una fianza personal".⁽²³⁸⁾
492. Para la prestación de la caución se tendrá que tomar en cuenta la naturaleza del delito, el daño ocasionado, las agravantes del delito, sus antecedentes y cualquier otra circunstancia que haga probable una pena privativa de libertad.⁽²³⁹⁾⁽²⁴⁰⁾

²³⁷ "La caución económica tiene como objeto exclusivo garantizar que el imputado comparezca a la instrucción para la realización de actos propios de la misma, así como para el logro de los fines del proceso". Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios de Lima. Exp. N° 2854-1998-E. Lima, 14 setiembre de 1998.

²³⁸ Sala Penal Permanente. R. N. N° 3100-2009/Lima, 17 de febrero de 2010. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de SAN MARTÍN CASTRO.

²³⁹ "Tercero: para fijar el monto de la caución a imponer, se debe tener en cuenta ciertos criterios, entre ellos la naturaleza de los hechos que se imputan al procesado, los que tiene relación con un probable peligro procesal que no permita cumplir con los fines del proceso; y sus condiciones personales basadas en su posición económica, que conllevan al juzgador a deducir razonablemente que pueda cumplir con la obligación impuesta". Tercera Sala Penal Especial. Exp. 046-05-A. Lima, 31 de octubre de 2005. Ponente: Castañeda Otsu.

²⁴⁰ "La caución económica tiene como finalidad exclusiva garantizar que el imputado comparezca a la instrucción para la realización de actos propios del mismo, así como para el logro de los fines del proceso; que, siendo ello así, el monto por dicho concepto debe

493. Cabe anotar que ella se señalará acorde a si las posibilidades económicas del imputado lo permiten, por tanto, solo deberá aplicarse cuando su cumplimiento sea posible, y para ello deberá tomarse en cuenta su oficio o profesión, su estatus social y carga familiar.⁽²⁴¹⁾⁽²⁴²⁾
494. Se trata así de encontrar un equilibrio que permita un efectivo cumplimiento de la medida coercitiva real por parte del procesado; pero que sea lo suficientemente significativo como para compelerlo a sacrificar una posible restricción de su libertad y así permanecer durante el devenir de todo el proceso. Para determinar el «*quantum*» se debe justipreciar, entre otros índices validantes, su condición socio-económica o los medios de vida del imputado, su personalidad, sus

valorarse en atención a las condiciones personales del imputado apelante y así como a las posibilidades de cumplimiento". Exp N° 4255-98-A. Lima, 9 de noviembre de 1998.

²⁴¹ "Este colegiado considera, que si bien el artículo 182° del Código Procesal Penal establece tres requisitos concurrentes a la solicitud de Libertad Provisional, y entre ellos, 'Que el procesado cumpla con la caución fijada o, en su caso, el insolvente ofrezca fianza personal' (inciso 3), dicha norma no contiene una regla exclusiva y excluyente respecto del referido cumplimiento pecuniario, sino que habilita, para los casos de insolvencia, el ofrecimiento de fianza personal, que de suyo, no es exactamente un pago en efectivo. Por consiguiente, cuando el Juez ha interpretado la resolución de libertad provisional como un mandato excluyentemente referido al pago de una caución, es un hecho indiscutible que su proceder no se ciñe rigurosamente al texto de la norma procesal penal antes citada y que habilita, como se ha visto, otra posibilidad en el ofrecimiento de fianza personal, sino que está circunscribiendo su aplicación a determinados supuestos que sin dejar de ser ciertos no son empero, los únicos. Ante tales circunstancias y si bien no puede hablarse de un proceso irregular, en tanto no se ha desnaturalizado los derechos procesales de rango constitucional, sí se trata en cambio de una anomalía o anomalía manifiesta, que como tal, en su momento ha debido ser corregida al interior del mismo. Dentro de este orden de ideas ha debido ser el propio accionante de tomar la iniciativa de corregir las antes citadas anomalías si desde un principio y en lugar de circunscribir su reclamo a la constitucionalidad o no de la caución, hubiese ofrecido la fianza personal alegando insolvencia respecto de la persona en cuyo favor interpuso el hábeas corpus. En otra hipótesis, hubiese podido apelar por ante la instancia superior respecto de la providencia emitida por el juez emplazado, y que condicionó la excarcelación de la detenida al pago de la caución. Sin embargo, el hecho de no haber optado por dichas alternativas de autocorrección, hace aplicable el artículo 10° de la Ley N° 25398 cuyo texto dispone que 'Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2) del Artículo 6° de la Ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen". Exp. N° 85-98-HC/TC. Lima 25 de agosto de 1998.

²⁴² "La suma fijada como caución resulta excesiva, si se tiene en cuenta que de los primeros recaudos que se adjuntan no existe una imputación directa sobre el referido inculpa-do". Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios de Lima. Exp. N° 2854-1998-C. Lima, 9 setiembre de 1998.

antecedentes, el modo en que se cometió el o los delitos y la gravedad de ellos.⁽²⁴³⁾

495. Como se observa, en la valoración de dichos intereses juegan un importante papel dos factores que han de ser apreciados conjuntamente con los criterios de gravedad de la pena (a penas graves, medidas coercitivas más intensas) y de la importancia de la causa; nos referimos al grado de imputación y al éxito previsible de la medida cautelar.⁽²⁴⁴⁾ La exigencia de aplicación de ambos criterios reforzará la necesidad medio-fin que se debe observar para imponer la caución.⁽²⁴⁵⁾

B. Clases de caución

496. La garantía así expuesta, se puede dividir a su vez en dos tipos:

- a) Caución personal.- Es una suma líquida tangible que deberá ser depositada en una cuenta en el Banco de la Nación a nombre del juzgado o de la Sala Penal respectiva.
- b) Caución material.- Representa "el depósito de bienes o valores mobiliarios –caución pignoratícia– o la afectación de bienes hipo-

²⁴³ "En atención a las condiciones personales del apelante (...) y aun cuando no ha demostrado su carencia económica alegada (...) cabe señalar que la obligación pecuniaria impuesta en su contra por el a-quo resulta innecesaria al no existir evidencias respecto al peligro procesal que se pretende evitar al imponer dicha obligación". Exp. N° 4255-98-A. Lima 9 de noviembre de 1998.

²⁴⁴ "Si bien es cierto, la fijación de una caución tiene por objeto, la sujeción del encausado al proceso para el debido esclarecimiento de los hechos, también lo es que conforme es de verse de su declaración instructiva no existen indicios de que pueda eludir a la acción de justicia, menos perturbar a la actividad probatoria, tanto más que, no obstante la pluralidad de agentes activos del delito, ello no implica necesariamente un concierto entre ellos, sino existen suficientes elementos de juicio que establecen el concierto, de allí que la suma fijada como caución resulta excesiva, si se tiene en cuenta que de los primeros recaudos que se adjuntan, no existe una imputación directa contra el referido inculcado". Exp. N° 2854-98 "C". Lima 9 de febrero de 1998.

²⁴⁵ "(...) la fianza es el aporte patrimonial, sea en dinero en efectivo o en inmuebles o bienes o valores mobiliarios que hace un tercero destinado a garantizar las obligaciones procesales del imputado derivadas de la citación cautelar; la fianza puede ser personal, pignoratícia, hipotecaria o de otra índole, en tanto garantía patrimonial de las obligaciones procesales impuestas al procesado. No es significativo que el aporte patrimonial corresponda al propio imputado o a un tercero, por cuanto lo esencial es que se presente tal garantía en resguardo de las obligaciones procesales impuestas al sujeto pasivo de la medida". Tercera Sala Penal Especial Exp. 042-03-W2. Sala "C", Incidente de Apelación, Dictamen N° 138-2005. Lima 14 de junio de 2005. Fiscal Superior: Martín Retamozo Roca.

tecables —caución hipotecaria—²⁴⁶. Aunque la ley no lo dice, los bienes ofrecidos en caución deben ser tasados para establecer su equivalente en suma dineraria, así mismo el bien o los valores mobiliarios deben estar libres de gravámenes, porque de lo contrario, no podría efectivizarse la caución de presentarse el caso que el imputado se sustrajera de la acción de la justicia.

4.2. El embargo

A. Definición

497. El Título VIII del Código Procesal Penal regula la institución procesal del embargo en el artículo 303° cuando señala que:

1. Identificado el bien o derecho embargable, el Fiscal o el actor civil, según el caso, solicitarán al Juez de la Investigación Preparatoria la adopción de la medida de embargo. A estos efectos motivará su solicitud con la correspondiente justificación de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, especificará el bien o derecho afectado, precisará el monto del embargo e indicará obligatoriamente la forma de la medida. Las formas de embargo son las previstas, en lo pertinente, en el Código Procesal Civil.
2. El actor civil debe ofrecer contracautela. Esta no será exigible en los supuestos previstos en el artículo 614° del Código Procesal Civil.
3. El Juez, sin trámite alguno, atendiendo al mérito del requerimiento y de los recaudos acompañados o que, de ser el caso, solicite al Fiscal, dictará auto de embargo en la forma solicitada o la que considere adecuada, siempre que no sea más gravosa que la requerida, pronunciándose, en su caso, por la contracautela ofrecida. Se adoptará la medida de embargo, siempre que en autos existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del delito objeto de imputación, y por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien.

²⁴⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, Editorial Grijley, Lima 2006, pág. 849.

4. La prestación de la contracatuela, cuando corresponda, será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado. Corresponde al Juez pronunciarse sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la contracautela ofrecida.
 5. Rige para el actor civil, lo dispuesto en el artículo 613° del Código Procesal Civil.
 6. Aún denegada la solicitud de medida cautelar de embargo, podrá reiterarse la misma si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.
 7. Si se ha dictado sentencia condenatoria, aun cuando fuere impugnada, a solicitud de parte procede el embargo, sin necesidad de contracautela ni que se justifique expresamente la probabilidad delictiva.
498. "El embargo es la medida cautelar que tiende a asegurar el resultado del proceso en lo que se refiere a la ejecución de las condenas pecuniarias: restitución o indemnización civil, multa y costas. Es un gravamen que con esa finalidad recae sobre el objeto, constituyendo un estado de indisponibilidad".⁽²⁴⁷⁾
499. Esta medida coercitiva de carácter real puede ser dictada por el Juez Penal contra los bienes del procesado con la finalidad de evitar que disponga de ellos y para asegurar así el pago de la reparación civil⁽²⁴⁸⁾, por lo que como toda restricción de derechos es una medida provisional que se encuentra prevista en el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales, concordante con el artículo 608° del Código Procesal Civil, y debe ser dictada teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y razonabilidad.
500. Se comprende que se trata de una potestad, tanto respecto al monto objeto de embargo, como a la forma en que este se trabará, en razón

²⁴⁷ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Op. cit., pág. 387.

²⁴⁸ "Quinto: Que, con lo antes anotado y atendiendo lo sostenido por la defensa del acusado, es necesario precisar que los fines perseguidos por la medida de embargo preventivo no es el sometimiento del inculpaado al proceso ante una probable evasión de la acción penal, sino más bien el asegurar anticipadamente la eventual responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el procesado; y teniendo en consideración la magnitud del detrimento patrimonial que la conducta del encausado habría afectado a la parte agraviada, este Colegiado estima que el monto impuesto reúne los principios de razonabilidad y proporcionalidad". Exp. N° 042-2003-E1. Sala Penal Especial "C". Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

de que las medidas de coerción real buscan la sujeción del patrimonio en la esfera de propiedad del imputado, ello solo se puede lograr si se versatilizan los medios de embargo.

501. Ahora bien, un punto trascendental que debe ser abordado es el referido a la suficiencia del embargo⁽²⁴⁹⁾, para esto el juez debe establecer el monto y la forma del embargo, atendiendo a la gravedad de los hechos, al probable perjuicio causado y a la suficiencia probatoria, en concordancia con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.⁽²⁵⁰⁾
502. Esto implica analizar una serie de factores, tales como la gravedad del hecho imputado, la afectación patrimonial que se considera ha ocasionado el acto colusorio o la proyección sobre la defraudación causada, los bienes de los que disponga el imputado, ya sea a título personal o conjuntamente con terceros, etc.
503. Asimismo, la solicitud de embargo deberá individualizar sobre qué bienes se realizará el embargo. Al respecto debemos señalar que no todo bien que forme parte de la esfera patrimonial del procesado puede ser objeto de embargo, pues el artículo 648° del Código Procesal Civil establece una serie de bienes que tienen la calidad de inembargables, por ejemplo, los bienes constituidos en patrimonio familiar (sin embargo, los frutos de este bien pueden embargarse hasta las dos terceras partes), las condecoraciones o medallas, los utensilios o menaje, las remuneraciones o pensiones (esto no es absoluto, pues se puede embargar hasta el 60% de lo recibido por estos conceptos), etc.

²⁴⁹ "Tercero.- Que, una de las funciones del proceso penal es lograr una efectiva reparación del daño causado como secuela del hecho punible, y para cuyo efecto deben adoptarse los mecanismos procesales necesarios, en ese sentido el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales faculta al juez trabar embargo preventivo sobre los bienes del inculcado en un monto suficiente que asegure la satisfacción plena del pago de la reparación civil". Exp. N° 042-2003-T1, Sala Penal Especial "C". Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

²⁵⁰ "Quinto.- El colegiado evalúa para resolver la incidencia, la argumentación del inculcado en su expresión de agravios con el delito cometido y las medidas cautelares patrimoniales en función de una prognosis de pena, la misma que no es óbice para que el Órgano Jurisdiccional dicte el embargo preventivo en forma de inscripción de los bienes del procesado, más aun, si del exhaustivo análisis (...) es de apreciarse que no existe vulneración al principio del debido proceso, habiéndose observado debidamente los principios de instrumentación, razonabilidad y proporcionalidad". Exp. N° 042-2003-G1, Sala Penal Especial "C". Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Escobar Antezano.

504. Un tema vinculado a lo expuesto es el referido a que las formas del embargo elegidas tengan idoneidad para cumplir con el fin cautelar para el que es propuesto, es decir, cumplan con evitar cualquier minoración en el patrimonio del procesado; al respecto debemos remitirnos al Código Procesal Civil el cual desarrolla en extenso los tipos de embargo que pueden materializarse.
505. El Código Procesal Civil establece en el artículo 649° y siguientes el embargo en forma de depósito, inscripción, de retención, intervención en recaudación e información, de administración de bienes, etc. Cualquiera de las formas de embargo, es útil como medida de coerción, sin embargo se deberá elegir aquella que sea la más idónea para sujetar el patrimonio del imputado.

XVIII. LA FASE INTERMEDIA

1. La fase intermedia como estadio de control de la acusación

506. El control del Juez de la Investigación Preparatoria en la audiencia preliminar busca velar por la corrección de los defectos de la acusación, que pudieron haber surgido en el curso de la Investigación Preparatoria, con ello se garantiza la eficacia del proceso y se evita la culminación del mismo por errores, vicios o defectos que generen futuras nulidades. Así, "la razón de existir de este procedimiento es, fundamentalmente, la de evitar la sustanciación de juicios innecesarios, ya sea porque revisten defectos de forma o de fondo".⁽²⁵¹⁾
507. Los presupuestos formales y sustanciales exigidos para la acusación tienen una finalidad de protección de la libertad y de los derechos fundamentales en juicio, son de ineludible observancia en tanto regulan la realización del derecho penal material y contribuyen a desenvolver las funciones fundamentales del proceso penal como son: acusación, derecho de defensa, derecho a la prueba idónea y sentencia fundada en derecho, de modo que una sentencia o cualquier otra resolución sea impuesta en juicio oral regular y legal.
508. En otros términos, los presupuestos formales y sustanciales establecidos en la acusación constituyen un instrumento de protección que

²⁵¹ CERLETTI, Marco L.; FOLGUEIRO, Hernán. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Editorial Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2003, pág. 138.

se materializa a través del control de la acusación y que garantiza la legítima persecución penal.

2. El control de la acusación

509. La fase intermedia constituye un filtro de la investigación preparatoria, en tanto en ella se discute la admisibilidad y necesidad de la acción penal (persecución penal); asimismo, se discute la viabilidad del juzgamiento.
510. "Se trata de una fase fundamental para el desenvolvimiento de la persecución penal y la propia defensa del imputado".⁽²⁵²⁾ Permite a las partes realizar un control del juicio de imputación, de la calificación jurídica y de los presupuestos materiales y elementos probatorios que serán objeto de debate en el juicio oral.
511. La etapa intermedia se encuentra regulada a partir del artículo 344° y siguientes del CPP, los fines que cumple son:
- i. Filtro de los actos de investigación que pasarán al juicio oral.
 - ii. Cesar la acción penal por defectos en el material probatorio o por no cumplir con los niveles de imputación delictiva.
512. Para lograr esta meta, el Juez de la Investigación Preparatoria debe examinar:
- a) Si la investigación está bien concluida o es necesario practicar nuevas diligencias para su correcta conclusión.
 - b) Si estimase que existe una correcta conclusión de la investigación, debe decidir si concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral o, en caso contrario, sobreseer la causa.
513. Las cuestiones planteadas y discutidas en la fase intermedia son:
- i) Saneamiento de vicios procesales.
 - ii) Aclaración de la acusación.
 - iii) Excepciones y defensas procesales.

²⁵² DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. ARA Editores, Lima, 2010, pág. 61.

- iv) Adopción o variación de medidas de coerción.
- v) Actuación de prueba anticipada.
- vi) Emitir sobreseimiento.
- vii) Admitir elementos de prueba o rechazarlas.
- viii) Aprobar o rechazar las convenciones probatorias.

514. Cada una de estas cuestiones de ser declaradas fundadas afectan el proceso, ya sea retrasando la continuación del proceso o poniendo término al mismo; dependerá de cada caso en concreto la viabilidad de cada opción.

3. Presupuestos de la acusación

515. El Acuerdo Plenario N° 06-2009-AJ establece en el segundo párrafo del numeral sexto que "desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal". Agrega en el numeral séptimo que "Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica; indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba".

516. Podemos identificar con claridad que el requisito o presupuesto objetivo tiene cuatro perspectivas o elementos que han sido individualizados:

- a) La fundamentación fáctica.
- b) La fundamentación jurídica.
- c) La fundamentación probatorio u ofrecimiento de pruebas.
- d) La petición o *petitum*.

A. La fundamentación fáctica

517. El proceso penal parte de la determinación fáctica; sobre ella se perfila el marco jurídico de la imputación penal⁽²⁵³⁾, por tanto, es el ele-

²⁵³ "La imputación es un juicio de valor a través del cual el juez pondera todos los datos fácticos establecidos en el procedimiento preliminar, estima la posibilidad de la existencia de

mento determinante de la configuración del proceso. En tal sentido, los elementos que conforman el hecho procesal disponen la determinación jurídica de la pretensión acusatoria y las resistencias que se presenten en su contra.⁽²⁵⁴⁾ De este modo, una acusación debidamente formulada garantiza el derecho de defensa.⁽²⁵⁵⁾

518. Como nos recuerda MONTERO AROCA, "admitido es que el hecho es el elemento determinante de la configuración del objeto del proceso y que el mismo no puede dejar de presentarse desde un cierta perspectiva jurídica, pues incluso el inicio de la fase del procedimiento preliminar depende de que se considere que ese hecho puede ser delictivo (...)".⁽²⁵⁶⁾
519. El hecho procesal se determina en forma definitiva e íntegra en la acusación, se trata de un relato claramente circunscrito e identificado como un hecho pasado⁽²⁵⁷⁾ ocurrido en el mundo natural en todos sus contornos.⁽²⁵⁸⁾

un hecho delictivo y su atribución a una persona a título de autor o partícipe". DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio. *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*. Op. cit., pág. 47.

²⁵⁴ Para CARNELUTTI, "la razón de la pretensión no es, pues, el hecho ni la norma jurídica, sino la afirmación de un hecho coincidente con la hipótesis legal de una norma jurídica, con lo cual se justifica la afirmada conformidad de la pretensión al derecho". CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tomo I. Editorial EJE, Buenos Aires, 1971, pág. 196.

²⁵⁵ Al respecto, MAIER señala que "la imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal (...) esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado y mucho menos en una abstracción acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcione su materialidad concreta". MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*, Tomo I. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 317, 318.

²⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2008, p. 331.

²⁵⁷ "Todo hecho es pasado. En el futuro no hay hechos, porque no se han producido. Y el presente no tiene hechos, es solo una línea divisoria por la cual el futuro se convierte en pasado. De manera tal que cuando hablamos de hechos, solo podemos referirnos al fenómeno histórico de los mismos. El presente no es algo tangible y el futuro es una probabilidad que aún no ha sucedido (...)". FALCÓN, Enrique M. "La Narración y la Descripción de los Hechos en la Demanda". En *Los hechos en el proceso civil*. Director Morello, Augusto M. VVAA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003, pág. 24.

²⁵⁸ "El núcleo fáctico de la acusación ha de ser congruente con el contenido del procesamiento (o del fundamento de la prisión preventiva), pero pueden agregarse o variarse las

520. "La concreción del elemento objetivo de la imputación se muestra en la relación del hecho del cual se acusa. El relato debe ser claro, preciso, circunstanciado y específico. Esto significa que el relato debe entenderse sin dificultades por el hombre común: que debe ser completo, sin desarrollos inútiles o superabundantes que puedan confundir, pero captando la totalidad del hecho con expresión de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que sean relevantes para la ejecución, participación, encuadramiento penal y graduación de la pena, y deben enunciarse por separado cada uno de los hechos imputados en caso de complejidad objetiva. Deben distinguirse bien los distintos grados y formas de participación para cada imputado en caso de complejidad subjetiva".⁽²⁵⁹⁾
521. Desde la perspectiva expuesta, se puede concluir que al Derecho procesal penal lo que le interesa es el hecho histórico, es decir el hecho pasado seleccionado en un determinado sector de curso temporal y que es objeto de una pretensión penal denominada acusación.
522. La lógica expuesta se sustenta en la teoría de la substanciación a la cual se adscribe nuestro Código Procesal Penal, y según la misma, el hecho histórico debe estar determinado con claridad y precisión para que pueda materializarse la relación jurídica procesal.
523. La teoría de la substanciación determina que los hechos fundamentales y gravitantes para actuar las normas cuya tutela se invoca, han de explicarse detalladamente en la pretensión; así, la exposición de los hechos requiere identificar con la mayor minuciosidad posible los elementos esenciales, los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión que se considera describen el hecho imputado, pero a su vez se exige que se diferencien los elementos accesorios de la imputación.
524. De este modo, la substanciación comporta que la acusación contenga una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existe. Se trata de un sistema que permite

circunstancias integradoras de ese núcleo fáctico mientras no lo desvirtúen o alteren en grado de mostrar un hecho diverso. Ese elemento material de la acusación debe integrarse con el elemento jurídico. De aquí que los códigos exijan la calificación. Es la valoración jurídica positiva del hecho resuelto en el encuadramiento penal de la conducta descrita, con cita de las normas referidas al tipo, sus calificantes o privilegios, participación, concurso, etcétera". CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Op. cit., p. 31.

²⁵⁹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Op. cit., pág. 31.

al Juez de la Investigación Preparatoria calificar la acción u omisión planteada de acuerdo con los hechos que han sido expuestos.

525. Tal exigencia se encuentra prescrita en el literal "b" del artículo 349° del CPP cuando señala que la acusación contendrá "la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos".
526. Al respecto, DEL RÍO LABARTHE señala que "la acusación debe ser clara y precisa en relación a los hechos que resultan de la Investigación Preparatoria. Sin son varios hechos independientes, la separación y detalle de cada uno de ellos es indispensable (...) la descripción de los hechos tiene que permitir que el acusado identifique por qué razón se dan elementos fácticos como para considerar reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso".⁽²⁶⁰⁾
527. Los adjetivos calificativos usados por la norma procesal acotada son:
 - i. Claro: Que se distingue bien.⁽²⁶¹⁾
 - ii. Preciso: Necesario, indispensable, que es menester para un fin.
 - iii. Concomitante: Que actúa, acompaña o colabora en el mismo sentido que otra cosa.⁽²⁶²⁾
 - iv. Posterior: Que ocurre después de un momento dado.⁽²⁶³⁾
 - v. Independiente: Que no tenga dependencia o que no depende de otro.⁽²⁶⁴⁾
528. La relación de los adjetivos precitados nos permite deducir que una acusación cumplirá con las exigencias mínimas impuestas por el CPP, si resulta una relación clara y precisa, que se refiera a un hecho pasado del mundo natural, que sea entendible, y en la que pueda distinguirse el contexto en que se dan los hechos, los diferentes momentos en que se produce la acción, las personas que intervienen, etc.

²⁶⁰ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia*. Op. cit., págs. 142, 143.

²⁶¹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=precisa

²⁶² <http://www.wordreference.com/definicion/concomitante>

²⁶³ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imputado

²⁶⁴ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=independiente

529. En otros términos, si permite identificar las circunstancias precedentes, concomitantes e incluso las posteriores; y en caso se trate de varios hechos independientes, debe haber un marco diferenciador que permita conocer en detalle cada uno de los hechos atribuidos. Sin estos elementos no es posible una defensa eficaz.⁽²⁶⁵⁾
530. Concordante con esta postura es BERIZONCE cuando señala que "respetar los hechos –los articulados y conducentes– significa simplemente atenerse con fidelidad a su devenir real, tal como se han exteriorizado en las concretas circunstancias del caso, acertando en el juicio histórico".⁽²⁶⁶⁾
531. La doctrina incide sobre la importancia de esta concepción. Así afirma SAN MARTÍN CASTRO, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, que "el objeto del proceso penal es un *factum* y no un *ius* o *crimen*, ya que el sistema acusatorio gravita no en la calificación jurídica, ni menos aun en la pena propuesta, sino en el hecho delictivo, en el hecho calificado".⁽²⁶⁷⁾ Esta lógica parte de identificar la acción penal con el hecho alegado y no con la denominación jurídica.
532. El hecho calificado o "hecho punible es, pues, el suceso referido en la acusación y en el auto de enjuiciamiento, incluyendo todos los sucesos y las circunstancias de hecho conexas y relativas a ellos, que son idóneas para tornar factible la obra del acusado como punible, desde algún punto de vista jurídico en ese ámbito".⁽²⁶⁸⁾
533. Para BAUMANN, "(...) es de definir la noción de 'hecho punible' como una situación o suceso unitario de hecho concreto, como un complejo fáctico, vale decir, –siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Alemán 23, 141, 145– se asume el comportamiento

²⁶⁵ El Tribunal Constitucional comparte este criterio al señalar que el derecho de defensa no se satisface "(...) únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirige, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación sea cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan (...)". Exp. N° 8125-PHC/TC. Lima, 14 de noviembre de 2005.

²⁶⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. "Fin social del proceso y la importancia de los hechos". En *Los hechos en el proceso civil*. Director MORELLO, Augusto M. VVAA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003, pág. 53.

²⁶⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. "Correlación y desvinculación en el proceso penal. Derecho procesal penal". III Congreso Internacional 2005. Universidad de Lima, pág. 180.

²⁶⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Op. cit., pág. 181.

total del acusado, en cuanto conforma un suceso unitario, según la concepción de la vida —un acontecimiento histórico único—, con el hecho histórico descrito en el auto de enjuiciamiento, sin tener en cuenta si en la apreciación jurídico material se infieren una o varias acciones punibles en lugar o al lado del hecho punible indicado en el auto de enjuiciamiento”.⁽²⁶⁹⁾

534. El hecho punible o hecho procesal, es el hecho calificado, el suceso descrito con la mayor minuciosidad posible en la acusación y en el auto de enjuiciamiento, que incluye todos los sucesos o acontecimientos conexos y relativos a ellas y que son idóneos para tornar factible la obra del acusado como punible o como penalmente relevante. Así, sin hecho punible no claramente identificado en todas sus circunstancias y en todos los actos que lo componen, no es posible hablar del objeto del proceso.
535. La determinación del hecho contra el imputado es una exigencia procesal de carácter fundamental, que se materializa en una garantía consistente en que deben estar claramente definidas las circunstancias de hecho que fundamentan la pretensión de punición, para que el órgano de juicio llegue a una convicción de inocencia o de culpabilidad por una vía procesalmente legítima.
536. Lo anotado resulta acorde con el principio de legalidad (o de justicia formal), que exige que se determine sin ambigüedades la conducta y el resto de las circunstancias de tiempo, modo, lugar, persona que sean necesarios para caracterizar al hecho punible; pero también está relacionado con el derecho de defensa, en tanto que definido el marco fáctico por el que discurrirá la discusión jurídica, se podrá utilizar todas las herramientas disponibles para hacer efectivo el derecho a la contradicción.⁽²⁷⁰⁾

²⁶⁹ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1986, p. 272.

²⁷⁰ "Quinto: Que el derecho a la prueba y a ser informado con certeza de los cargos integran la garantía constitucional de defensa procesal, toda vez que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público que se concreta en el dictamen acusatorio que introduce la pretensión penal, que a su vez está definida en su aspecto objetivo por la denominada "fundamentación fáctica", esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible en un tipo penal; que en función a ese marco fáctico debe pronunciarse el órgano jurisdiccional, de manera que el apartamiento de ese marco referencial delimitado por el Ministerio Público en relación a la calificación jurídica del hecho imputado conlleva a la vulneración del derecho de defensa; que, en ese sentido, corresponde verificar si el órgano jurisdiccional respetó en todo momento ese marco referencial bajo los precisos contornos del principio acusatorio". Auto de calificación de recurso de casación. Lima, cinco de marzo de dos mil diez.

537. El valor procesal de la determinación del hecho imputado, es a su vez un requisito esencial para el ejercicio del derecho de defensa en juicio, por lo que la falta de demostración de la descripción del hecho genera una imposibilidad real de defenderse en juicio.
538. La acusación como acto procesal elaborado y postulado por un especialista en Derecho exige que se explique la pretensión penal en términos fácticos; por tanto, se espera un requerimiento⁽²⁷¹⁾ motivado y fundamentado en hechos que permitan una discusión razonada y racional por medio de la crítica en el debate oral.
539. Desde luego, "el sujeto activo del proceso, si bien delimita el hecho punible (por exigencia del principio acusatorio), no puede disponer de él, en el sentido de que no puede prescindir en la acusación de aspecto alguno del hecho que tenga relevancia jurídica penal".⁽²⁷²⁾
540. Para que la redacción de la acusación se adecue a las exigencias establecidas para la pretensión acusatoria, los hechos deben narrarse siempre a través de oraciones enunciativas, ello en razón que este tipo de oraciones expresan la conformidad o disconformidad entre sujeto y predicado, ya sea en modo afirmativo o negativo.
541. La línea expositiva debe presentarse objetivamente, esto es, de modo despersonalizado, sin expresiones retóricas, frases o términos jurídicos, palabras rebuscadas o elementos argumentales o de persuasión, menos aun transposiciones temporales; en otros términos, el hecho histórico debe presentarse de manera limpia, clara y precisa de modo que permita determinar el perfil de la pretensión de forma ininterrumpida, con un esquema cronológico sólido.
542. La exposición de los hechos es una narración. La primera parte lo constituye la presentación que no es otra cosa que la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del acto u omisión en las que resultó lesionado un bien jurídico protegido por el ordenamiento

²⁷¹ Un requerimiento es un acto procesal en el cual se insta a la autoridad jurisdiccional la realización de un acto procesal, en este caso, la audiencia preliminar en el cual se debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida en la acusación, tal y como lo establece el artículo 351° numeral 3 del CPP.

²⁷² PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 61.

jurídico. En este ámbito se requiere que se conjugue en un todo inescindible: sujeto imputado, tiempo, modo y lugar.

543. Un segundo ámbito lo constituye el núcleo del relato histórico, es decir el desarrollo de la relación que está constituido por la conformación o desenvolvimiento de las circunstancias que integran el cuadro presentado y en el que se debe incluir las posibles modificaciones que se producen por la integración de nuevos elementos que en el caso concreto se presenten.
544. Por último, se requiere la conclusión que coloca al acto o actos realizados por comisión, omisión o por comisión por omisión como anti-jurídicas y de las que surge la lesión al bien jurídico y la responsabilidad penal en base a la situación jurídica preexistente.
545. La redacción de los hechos debe ser, además, consistente e integralmente descrita en términos que lo pueda entender el ciudadano común; no basta con que se diga que es responsable de un determinado delito, tampoco es suficiente atribuirle tal o cual conducta o cualidad; se requiere que estas afirmaciones estén conectadas con la descripción fáctica de un concreto comportamiento humano y no de la asignación de una cualidad jurídicamente disvaliosa.
546. La importancia del hecho procesal o *factum*, salta a la vista, pues sin la determinación del hecho punible, la identificación del dolo o la culpa, la antijuridicidad y otros elementos que conforman un tipo penal determinado, no pueden establecerse claramente, si previamente no hay identificación del hecho, ello en razón a que "la cuestión abstracta, sin apoyo fáctico alguno, no es del área del Derecho, sino de la Filosofía jurídica, y aun lo es menos del Derecho procesal, pues los procesos no tratan cuestiones abstractas (...)"⁽²⁷³⁾
547. Por ello, cuando se afirma un hecho utilizando términos jurídicos o se asigna cualidades que reemplacen al hecho en todo o en parte, se está formulando un acto convictivo o en el mejor de los casos una inferencia; sin embargo, ello no determina el contenido del hecho procesal, pues lo que se está presentando como objeto de debate es la valoración de una cualidad del tipo, sin previamente identificar el hecho del que se extrae en todos su contornos.

²⁷³ FALCÓN, Enrique M. "La narración y la descripción de los hechos en la demanda". Op. cit., p. 23.

548. De este modo, si no está imputado ningún hecho determinado, no podrían identificarse y diferenciarse los elementos que conforman el núcleo fáctico de aquellos accesorios, como tampoco podría elaborarse un discurso en que se identifique una relación fluida entre hecho y norma, entre objeto de valoración y valoración del objeto; por tanto, la consecuencia de la inobservancia de la indeterminación del hecho, es que no es posible su valoración por el tribunal sentenciador, pues el juzgador se pronunciará sobre hechos, y para ser más precisos, sobre hechos procesales.
549. Incluso si el Fiscal de la Investigación Preparatoria es capaz de probar los términos y/o valoraciones jurídicas en el curso del juicio oral, en modo alguno significa que se describa el hecho, pues este tiene que quedar plenamente determinado al inicio del debate para proporcionar posibilidades reales al imputado y a su defensa de ejercitar y sostener argumentalmente su pretensión o resistencias, así como la posibilidad de rebatir los fundamentos que la contraparte haya podido formular en apoyo de su propia pretensión.
550. Sin núcleo básico que defina el hecho histórico, no se puede pedir al órgano jurisdiccional sentenciador que se sujete y se pronuncie sobre lo que es objeto del proceso penal, si para ello se requiere haber identificado la pretensión penal desde la perspectiva fáctica. Esta lógica parte de nuestra adherencia a la corriente doctrinal por la cual se identifica el objeto del proceso penal con la pretensión penal.
551. En otros términos, si no se ha identificado el hecho histórico y este resulta ser un componente de la pretensión penal, no es posible determinar el objeto del proceso, pues en aplicación del principio acusatorio, la carga del planteamiento de la tesis y la postulación al debate de los medios de prueba que lo acreditan, forman el objeto del proceso ámbitos que son de estricta competencia del Fiscal.
552. "El objeto del proceso penal es indisponible para las partes: el sujeto pasivo no puede modificar la determinación de los hechos a enjuiciar; delimitados por la acusación y que reconozca algunos no conlleva necesariamente que estos se den por existentes o ciertos".⁽²⁷⁴⁾

²⁷⁴ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Op. cit., pág. 61.

553. Así, la determinación de lo que es objeto del proceso comporta describir un concreto comportamiento humano, la falta de determinación del hecho acarrea la indefinición del efecto jurídico que persigue la pretensión penal. Como señala GIMENO SENDRA citando a ROXIN "la función procesal del hecho es independiente del Derecho material. A través de la acusación queda delimitada como antecedente histórico, en tanto conforma una unidad según el concepto de la vida".⁽²⁷⁵⁾
554. Concordante con esta postura, BARBOSA MOREIRA señala que "no puede configurarse la sentencia justa constitucional si el pronunciamiento llega lastrado de carencias de sustento fáctico, por el desacople con las circunstancias reales de la causa. Y naturalmente, al juez no puede resultarle indiferente el desenlace del juicio, porque su 'neutralidad' no le impide querer que su sentencia sea justa, que la victoria sonría al litigante que la merezca".⁽²⁷⁶⁾
555. La falta de determinación del hecho contra el imputado es un defecto sustancial, al ser el presupuesto que da forma, sentido y alcance al contenido mismo de la acusación, por lo que no puede ser convalidado o rectificado por el juez de la investigación preparatoria, al acogerse nuestro Código a un modelo acusatorio, garantista y adversativo.
556. Y si bien es práctica común incluir en la descripción del hecho procesal cierta carga de valoración jurídica, ello en forma alguna significa cambiar o desplazar la descripción del hecho concreto por una forma de denominación jurídica; así, el hecho procesal es el que determina y diferencia el núcleo o contenido esencial de la conducta imputada, de aquello que resulta accesorio.
557. En tal sentido, si el Fiscal no ha cumplido con describir cuando menos en forma sucinta en qué consistió el hecho atribuido a través de una descripción clara, específica y circunstanciada de la acción u omisión desplegadas, la acusación adolece de falta de determinación del hecho.

²⁷⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2ª edición Editorial COLEX, Madrid, 2007, pág. 248.

²⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, J. C. "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba". En *Temas de Direito processual*, Terceira Série. Editorial Saraiva, São Paulo, 1984, págs. 80, 81.

B. La calificación jurídica del hecho procesal

558. "Las normas jurídicas se presentan como proposiciones que relacionan situaciones de hecho o, simplemente, hechos con consecuencias y la ausencia de tales hechos descritos con otras consecuencias, en ambos casos mediante la cópula del deber ser. Vale hacer notar que las consecuencias jurídicas se prevén también como hechos u omisiones".⁽²⁷⁷⁾
559. El hecho procesal es el componente esencial de la norma penal, por ello todo elemento del que dependa el ser del delito, es el hecho, y todo elemento del que dependa su gravedad o su entidad son las circunstancias.
560. El proceso penal se rige por el principio de unidad de hecho, es decir, el hecho es el mismo en la acusación y en la sentencia, el hecho es el mismo en tanto se mantenga el hecho nuclear; solo se permite alteraciones no esenciales, accesorias; si se incorpora un nuevo elemento al hecho procesal distinto que tenga autonomía propia, entonces hay una alteración esencial.
561. Sin embargo, como señala CLARÍA OLMEDO "con respecto al hecho imputado en concreto, se dice que la acusación es relativamente inmutable, porque los códigos modernos permiten una limitadísima ampliación cuando se refiera a hechos integrativos de una continuidad delictiva o constitutivos de una circunstancia agravante. Se trata de una excepción justificada por razones prácticas, y que los códigos regulan cuidando de no afectar el ejercicio de la defensa. Respetando este límite fáctico, tanto el fiscal al limitar sus conclusiones al final del debate como el tribunal al dictar sentencia, determinarán con libertad de criterio sobre la existencia o inexistencia de los elementos de hecho, participación, calificación legal, responsabilidad penal y demás consideraciones jurídicas que correspondan".⁽²⁷⁸⁾
562. Concordante con lo expresado, diremos que toda descripción de una conducta parte de un interés jurídico que se pretende proteger; ese interés jurídico, aun cuando se cambien los tipos penales, permanece inalterable. Así, se puede cambiar el tipo penal, pero el límite

²⁷⁷ KAMINKER, Mario. "Hechos, el adagio *iura novit curia* y la congruencia". Director Morello, Augusto M. VV. AA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003, pág. 144.

²⁷⁸ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo III. Op. cit., págs. 33, 34.

es el bien jurídico, ello en razón de que la construcción de los tipos tiene como núcleo de protección el bien jurídico. Si se cambia el bien jurídico, se cambia la conducta imputada y por ende cambia su relevancia.

563. En definitiva, si se incorpora un dato que tenga independencia jurídica metodológica y que ese solo nuevo dato puede construir un nuevo proceso, se está cambiando el hecho procesal y ello se encuentra prohibido desde una perspectiva procesal y constitucional, pues nos encontraríamos ante un nuevo objeto de proceso.
564. Es de precisar que se diferencia el hecho procesal de sus circunstancias (estas últimas son datos adicionales que tienen como consecuencia o como efecto una validación de la pena concreta, de la pena aplicable). Al respecto merece indicarse que "el artículo 20° CP regula una serie de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; todas ellas desencadenan la exención de responsabilidad penal y son (...) causales directas para decretar el sobreseimiento del proceso. Cuando una de estas eximentes se aprecia de manera incompleta, se aplica el art. 21° CP y es este al cual alude el art. 349° NCPP 2004. El art. 21° establece que cuando en los supuestos del art. 20° CP no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez puede disminuir prudentemente la pena hasta límites inferiores al límite legal. También debe tenerse en cuenta el supuesto de responsabilidad restringida a que se refiere el art. 22° CP. Incluso es posible incluir otras circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal como la tentativa, el desistimiento voluntario, los errores de tipo y prohibición (invencibles), el error de comprensión culturalmente condicionado, etc. Se debe tener en cuenta que el art. 349° no se refiere únicamente a las atenuantes, por lo que todo indica que el Fiscal también debe mencionar expresamente las agravantes genéricas".⁽²⁷⁹⁾
565. Debemos precisar que las circunstancias eximentes carecen de autonomía por lo que pueden variar, su incorporación al proceso no vulnera el principio acusatorio. La variación de las formas de intervención en el hecho (autoría o participación), o la variación del grado de desarrollo del delito y de la tipicidad dolosa o imprudente, carecen

²⁷⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia*. Op. cit., pág. 145, 146.

de autonomía en sí mismo, por consiguiente no vulneran el principio acusatorio.

566. El dolo o la culpa se encuentran circunscritos al tipo subjetivo por consiguiente en abstracto, no tienen relevancia para constituir el objeto independiente del proceso, puede variar la tipicidad subjetiva, pueden variar los grados del delito, pueden variar los grados de intervención en el hecho sin ningún problema o conflicto con normas procesales, ello en razón que "la calificación jurídica no afecta al objeto de proceso en su misión de individualizar un proceso respecto de los demás posibles".⁽²⁸⁰⁾
567. Así las cosas, la atenuación, la agravación del tipo, la consumación o el título de participación, en nada modifican el núcleo esencial. De este modo se puede incorporar circunstancias modificativas si, en sí mismo, no forman un objeto independiente del hecho procesal.
568. En el caso de la pena, esta no integra el núcleo del objeto del proceso penal, dado que la pena no es un elemento delimitador del objeto procesal, es solo una mera consecuencia establecida por la ley, sin que la petición de una mayor o menor pena suponga la introducción de hechos nuevos o de elementos adicionales al hecho.
569. Un hecho tendrá relevancia en tanto el derecho le dé un sentido; en el caso de la acusación, la calificación jurídica del hecho procesal es la que determina los contornos esenciales y las circunstancias que configuran el tipo penal.
570. La calificación jurídica del hecho procesal comporta una descripción de la conducta prohibida, esto es una exigencia del principio de *lex certa*, es decir del mandato de determinación, de certidumbre de la conducta prohibida (*nullum crimen, nulla poena sine certa lege*); por ello es preciso que en la acusación se identifique en su contenido y estructura el bien jurídico de relevancia penal afectado.
571. Es decir, que se hagan expresas las razones que determinan la anti-juricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige el tipo penal invocado. Se trata, en otros términos, de una descripción técnica del tipo penal en el cual se subsume la conducta.

²⁸⁰ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Op. cit. pág. 336.

572. "La subsunción consiste, dicho en otros términos metafóricos usuales, en afirmar que un caso determinado cae bajo la suposición o supuesto de hecho de un enunciado que es jurídico. Aunque también puede ser descrita de la manera siguiente: la subsunción consiste en describir un caso determinado afirmando un enunciado jurídico".⁽²⁸¹⁾
573. En este ámbito, los términos expresados no requieren necesariamente que sean enunciados en vocablos coloquiales, pues se dirigen hacia el abogado defensor, es decir a la defensa técnica, por tanto, es este último quien deberá traducir el lenguaje jurídico y corroborar si se ha realizado o no una adecuada subsunción del hecho procesal.
574. La calificación jurídica del hecho procesal requiere que los hechos o supuestos tipificados individualicen cada uno de los elementos del tipo penal invocado. Esto comporta una descripción de:
- a) **La acción.**- No cabe duda que todo delito se manifiesta mediante una acción, por lo que este criterio debe ser tomado en cuenta para marcar el inicio del desarrollo de la teoría del delito⁽²⁸²⁾. Es así cómo actualmente la acción se enmarca como un concepto normativo, pues el Derecho Penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que sucede en la realidad.⁽²⁸³⁾
- El concepto de acción cumple una función de límite frente al poder penal⁽²⁸⁴⁾, del mismo modo determina una función política e ideológica, donde solo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente⁽²⁸⁵⁾, impe-

²⁸¹ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Barcelona, 2005, pág. 214.

²⁸² No obstante, como bien señala MIR PUIG: "tampoco es conveniente comenzar el análisis de los casos prácticos preguntando si concurre un comportamiento humano, antes de saber si el hecho puede caber en algún tipo penal. Para decidir si un determinado hecho constituye o no delito, lo primero que hay que hacer es comprobar si *prima facie* constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (...), ejemplo, pasear por la calle". MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Reppertor, Barcelona, 2005, pág. 181.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ediar. Buenos Aires, 2000, pág. 396.

²⁸⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2009, pág. 265.

²⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, p. 7.

rante a través del Derecho Penal de acto⁽²⁸⁶⁾ que hace frente al de los Estados totalitarios, incompatibles con el Estado de Derecho.

También cumple una función de base donde se asientan las demás categorías del delito⁽²⁸⁷⁾, denominada también función positiva⁽²⁸⁸⁾, y es, a partir de ellas donde el legislador establece las conductas prohibidas; de esta manera, utiliza diversas estructuras típicas para individualizar conductas (dolosas, imprudentes y omisivas)⁽²⁸⁹⁾. La acción cumple una función sistemática, con lo que la acción se dota de predicados valorativos: acción típica, antijurídica y culpable, lo cual indica que el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídico penal, constituyendo en cierto modo su columna vertebral.⁽²⁹⁰⁾

Es a través de la conducta⁽²⁹¹⁾ descrita en el hecho procesal que se inicia el proceso de determinación de si dicha conducta afecta o pone en peligro bienes jurídicos protegidos predeterminados por el legislador como una conducta u omisión prohibida desde el punto de vista penal.

- b) **La ausencia de acción.**- Si bien en el estado actual del Derecho Penal peruano solo la persona humana es capaz de actuar⁽²⁹²⁾, esto no determina un criterio absoluto; hay excepciones, ya que en algunos casos cuando el sujeto carece de voluntad no puede orientar su conducta conforme a algún objeto de referencia (no determina una actividad consciente), estaremos ante una ausencia de acción.⁽²⁹³⁾

²⁸⁶ "Esta exigencia se basa en el principio de responsabilidad por el hecho, donde el derecho penal moderno es un derecho de acto antes que un derecho de autor". VILLA STEIN. *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pág. 192.

²⁸⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., pág. 265.

²⁸⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Editorial Temis, Bogotá, 2002, pág. 231.

²⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Ob. cit., pág. 234.

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, José María. *Estudios de Derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 13.

²⁹¹ "Es sabido que nuestro Código Penal no proporciona una definición de conducta, por el contrario utiliza una terminología muy variada (...) como acciones, omisiones, hecho, acto, conducta, comportamiento". VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op. cit., pág. 262.

²⁹² *Ibidem*, pág. 266.

²⁹³ Cfr. *Ibidem*, pág. 273.

- i. Fuerza física irresistible, comprende todo estímulo externo al agente, que le imprime a su cuerpo un movimiento involuntario, no direccionado, o le impone forzosamente la inmovilidad⁽²⁹⁴⁾, que puede provenir de la naturaleza como de un tercero.

Este criterio se encuentra regulado en el artículo 20º inciso 6 del Código Penal, donde se sostiene; *“está exento de responsabilidad penal el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de tercero o de la naturaleza”*.

Dicha fuerza irresistible debe ser de tal envergadura que suprima por completo la voluntariedad.⁽²⁹⁵⁾

- ii. Movimientos reflejos, indican acciones incontrolables del cuerpo ante determinados estímulos externos⁽²⁹⁶⁾.
- iii. Estado de inconsciencia, como los casos de hipnosis, ataques compulsivos.

c) La tipicidad.- El proceso de formación del tipo que sigue el legislador es el de *bien jurídico, norma y tipo*⁽²⁹⁷⁾. Esto indica, que toda conducta para ser imputada penalmente debe tener su correspondencia en un tipo penal, proceso denominado de proceso de subsunción realizado por el juez. Una vez quedado claro el juicio de tipicidad, permitirá determinar la conducta prohibida, relacionándola con las consecuencias jurídicas que estas acarreen.⁽²⁹⁸⁾

Una acción es “típica” o “adecuada a un tipo penal” cuando esa acción es la prohibida por la norma. La teoría del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por el

²⁹⁴ VILLA STEIN. *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Grijley, Lima, 2008, pág. 198.

²⁹⁵ CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código penal*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 332.

²⁹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Grijley, 2008, pág. 303.

²⁹⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit., pág. 300.

²⁹⁸ “Es necesario distinguir entre tipicidad y típica, la primera se entiende como el resultado de la verificación de si la conducta o lo descrito en el tipo coinciden, mientras que la segunda es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad”. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit., págs. 296, 297.

autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal.⁽²⁹⁹⁾

Es así, como la tipicidad constituye una categoría del delito esencialmente garantista, pues vincula la determinación de la conducta delictiva y de la pena con el principio de legalidad⁽³⁰⁰⁾. Si se recuerda que el tipo ejerce un trascendental papel de garantía, destacará en toda su importancia lo necesario que es la descripción clara y precisa del tipo penal.⁽³⁰¹⁾

El tipo penal determina las conductas que contravienen la norma. En relación al tipo, se identifica dos variantes:

- i. El tipo objetivo.- Corresponde a la imputación del hecho y del resultado, al respecto se debe precisar:
 - a. *Sujeto activo*, sirve para describir los requisitos que debe reunir la persona al momento que ejecuta la conducta delictiva⁽³⁰²⁾.
 - b. *Sujeto pasivo*, indica al titular del bien jurídico protegido, que se lesiona o pone en peligro. El sujeto pasivo puede ser una persona física, persona jurídica, también la sociedad o el Estado.
- ii. El tipo subjetivo.- Corresponde a la teoría del dolo o la imprudencia, al respecto se debe precisar:
 - a) El dolo.- Nuestro legislador no ha establecido una definición del dolo. Sin embargo es doctrina mayoritaria que el dolo comprende tanto el conocimiento (aspecto cognitivo) y la voluntad (aspecto volitivo), de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y constituye el núcleo de los hechos punibles dolosos.
 - b) La culpa.- El término imprudencia equivale a culpa; en estos casos, el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el

²⁹⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002, p. 80.

³⁰⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Ibidem*, pág. 305.

³⁰¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Teoría del delito*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2003, p. 145.

³⁰² DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Tipicidad e imputación objetiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 95.

tipo, pero los realiza por la infracción de la norma de cuidado (es decir, por inobservancia del cuidado debido).⁽³⁰³⁾

- d) **La antijuridicidad.**- Para que una conducta tenga el carácter de injusto penal no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal⁽³⁰⁴⁾. Por lo tanto, antijurídica es una acción típica sin los márgenes de justificación, pudiendo tratarse no solo de conductas dolosas o imprudentes, sino también de figuras omisivas; en todo caso la antijuridicidad consiste en la falta de autorización de la acción típica.⁽³⁰⁵⁾

Las causas de justificación son aquellas que permiten excluir la antijuridicidad, convirtiendo un hecho ilícito en permitido, conforme a Derecho. Entre ellas tenemos:

- i. **La legítima defensa.**- Consiste en la defensa necesaria ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente⁽³⁰⁶⁾, se encuentra prevista en el artículo 20°, numeral 3 del Código Penal. El fundamento de la legítima defensa estriba en la idea que el derecho no está en la situación de soportar o ceder ante el injusto⁽³⁰⁷⁾, así, por ejemplo, matar a otro es una acción típica porque lesiona la norma (artículo 106° del Código Penal) que dice "no debes matar"; esta misma acción típica será antijurídica, excepto que haya actuado en defensa de su vida.
- ii. **Estado de necesidad.**- El fundamento de este criterio descansa en el interés preponderante⁽³⁰⁸⁾, excluyéndose la antijuridicidad por la necesidad de la lesión en relación a la menor importancia del bien que se sacrifica respecto del que se salva⁽³⁰⁹⁾; por ejemplo, el que fuga de un sujeto

³⁰³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Ob. cit., pág. 286.

³⁰⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pág. 465.

³⁰⁵ BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., pág. 88.

³⁰⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pág. 534.

³⁰⁷ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*, Op. cit., p. 360.

³⁰⁸ STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 224.

³⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Universidad Complutense de Madrid, 1979, pág. 62.

que pretende matarlo y para salvar su vida tiene que dañar la propiedad de su vecino.

- e) **La culpabilidad.**- Un concepto de culpabilidad orientada a limitar al poder penal, debe surgir a partir de las garantías del principio de culpabilidad para obtener legitimación democrática⁽³¹⁰⁾.

La culpabilidad jurídico penal no se sustenta en un reproche al autor individual que realiza el delito, sino en la necesidad de solventar la defraudación de la norma con la imposición de una pena a quien se le imputa dicha defraudación⁽³¹¹⁾.

El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma del Derecho penal: que las normas jurídicas no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino solo a acciones, que tienen la capacidad de configurar el futuro⁽³¹²⁾.

El fundamento último de la culpabilidad se encuentra en la libertad humana: se es culpable de una infracción en tanto y en cuanto quepa presuponer que pudo haberse evitado.⁽³¹³⁾

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la suficiencia de motivación del autor por la norma penal⁽³¹⁴⁾, es decir, que no padezca de grave alteración de la conciencia, anomalía psíquica, posea ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para imputar responsabilidad penal.⁽³¹⁵⁾

La imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de poder recibir imputaciones penales. En nuestro sistema penal, esta

³¹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 381, 382.

³¹¹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Op. cit., pág. 509.

³¹² PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Tercera Edición, Editorial Grijley, 1997, pág. 442.

³¹³ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*, 3ª Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 643.

³¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de Derecho penal*. Editorial Praxis, Barcelona, 1999, pág. 248.

³¹⁵ JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., pág. 465.

capacidad empieza a partir de los 18 años, siendo restringida hasta los 21 años y luego cuando se tiene más de 65 años.

Solo se requiere una probable conciencia de antijuridicidad, "La ley no exige el conocimiento estricto del precepto jurídico, ni tampoco la pena que este prevé como consecuencia; es suficiente que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico, que su comportamiento delictivo se encuentre prohibido jurídicamente al "modo del profano", según el juicio del hombre medio".⁽³¹⁶⁾

La exigibilidad está basada en el deber que tienen los ciudadanos para con la sociedad de desenvolverse de una manera adecuada a las normas impuestas⁽³¹⁷⁾. "(...) Se constituye a partir de la idea de que una conducta delictiva solamente puede reprochársele al autor si este contaba con un grado de resistencia personal que le habría llevado a no cometer el delito (...) no basta con que el autor pueda físicamente actuar conforme a derecho, sino que es necesario además que, dadas las circunstancias específicas, le pueda ser exigido al autor un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico como alternativa de comportamiento".⁽³¹⁸⁾

Pero, "no exigibilidad" no significa ausencia de prohibición. Que no sea exigible evitar una determinada conducta no quiere decir que esta no sea antijurídica y no se halle prohibida. Al contrario, la cuestión de la exigibilidad solo se plantea en el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho y su prohibición personal. La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición".⁽³¹⁹⁾

³¹⁶ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Tercera Edición, Editorial Grijley, 1997, pág. 481.

³¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 402.

³¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Op. cit., pág. 526.

³¹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Séptima Edición. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005, pág. 593.

C. La fundamentación probatoria

575. En la fase intermedia se centra la discusión probatoria que permita arribar al juicio oral; es en esta etapa que el fiscal junto con la acusación postulará aquellos elementos probatorios que quiere convertir en medios de prueba. De este modo presentará a sus testigos, peritos, documentos entre otros que le permitan sostener su pretensión acusatoria.⁽³²⁰⁾ Sin embargo, la pretensión probatoria no se circunscribe en estricto al escrito de acusación, es posible que existan otros elementos de prueba incorporados en el acto de la audiencia preliminar; tal supuesto tiene amparo en el artículo 350° numeral primero, literal "h" del CPP cuando señala que las partes pueden "plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio".
576. De este modo, el hecho procesal descrito en la acusación debe tener un correlato en elementos de prueba como realidad jurídica propiamente dicha. Es decir, que frente a una imputación debe haber elementos de prueba que sean propuestos como medios de prueba para su actuación en juicio, de modo que permitan sostener el señalamiento específico de autor o partícipe del delito imputado. La fundamentación probatoria se divide en dos ámbitos: fundamentación descriptiva y fundamentación intelectual. A continuación desarrollamos ambos:
- a) La fundamentación descriptiva.- La fundamentación probatoria descriptiva permite identificar cuáles fueron los medios probatorios que justifican la pretensión penal. Presupuesto para que pueda llevarse a cabo la fundamentación descriptiva, es la incorporación de medios de prueba⁽³²¹⁾ pertinentes, útiles y legíti-

³²⁰ CLARÍA OLMEDO afirma que "el elemento lógico de la acusación se encuentra en los fundamentos que debe contener para llegar a la afirmación de los hechos y a las conclusiones jurídicas. Es el razonamiento del acusador que debe hacerse en forma clara y precisa para valorar las pruebas y subsumir los hechos en las normas jurídicas correspondientes". CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Op. cit., pág. 32.

³²¹ Los medios de prueba son "concebidos (...), como los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los que versa la causa; los medios de prueba pueden clasificarse, atendiendo a su función, en directos o indirectos según que, respectivamente, la fuente que suministran se halle constituida por el hecho mismo que se intenta probar o por un hecho distinto. En ese orden de ideas, es un ejemplo típico de medio de prueba directo el reconocimiento o inspección judicial, por cuanto en él media una relación de coincidencia entre el dato percibido por el juez y el hecho a probar, al tiempo que son medios de prueba indirectos la presentación de documentos, la declara-

mos; corresponde desde esta perspectiva al fiscal sostener su pretensión acusatoria en elementos de prueba que hayan sido incorporados legítimamente al proceso.

- b) La fundamentación intelectual.- Se trata de la apreciación de los medios de prueba que le merecen crédito; y cómo lo vincula a los elementos que obtiene de otros medios probatorios, su finalidad no es otra que sustentar su pretensión acusatoria.

C.I. Roles que cumple el control de acusación respecto de los medios de prueba

577. El control de la acusación en la etapa intermedia cumple dos roles claramente definidos respecto de los medios de prueba:

- a. **Primer rol.-** En la fase intermedia se limita a la existencia de fundamentación probatoria a aquella sustentada en criterios objetivos y verificables desde la perspectiva de la investigación preparatoria, que no sean contradictorias, incongruentes o que vulneren las reglas lógico formales y de las máximas de la experiencia.

Al respecto, BINDER señala que "(...) una acusación, tendrá que ser una acusación fundada; esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho, porque ello significaría una distorsión de todo el sistema procesal. La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene *una promesa*, que deberá tener fundamento, de que el hecho será *probado* en el juicio. Supongamos que un fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente. Esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, ya que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible".⁽³²²⁾

ción de testigos, del imputado o de los informantes y el dictamen de los peritos, pues ellos suministran un dato del cual el juez debe deducir la existencia del hecho que se intenta probar". PALACIOS, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 23.

³²² BINDER, Alberto. "La Fase Intermedia. Control de la Investigación". <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-categoria&id=8>, pág. 2.

Desde esta perspectiva, el control sobre el núcleo probatorio comporta verificar si el razonamiento empleado en la incorporación de los elementos de prueba al proceso han sido o no arbitrarios, irracionales o absurdos, o si los criterios para la incorporación de los elementos de prueba conculcan o no valores, garantías, principios o derechos constitucionales de incidencia procesal, tales como dejar de incorporar al proceso la versión del inculpado, los elementos de prueba de su descargo, la admisión de prueba ilícita, etc.

No se trata en esta fase de realizar un control sobre la verosimilitud o la contundencia del material probatorio, menos aun sobre la relevancia del material probatorio, al tratarse este de un juicio de necesidad o de utilidad de las mismas, que solo puede hacerlo el órgano jurisdiccional que emite sentencia.

Tampoco se trata de un juicio para ponderar la razonabilidad de otras posibles inferencias o razonamientos, ni para confirmar, variar o sustituir los hechos sujetos a valoración judicial, sino que solo corresponde realizar un control formal sobre la existencia de material probatorio que ampare la lógica argumentativa expuesta en la acusación.

Este control tiene por finalidad evitar que los casos llevados a juicio oral sean resueltos a favor del imputado por falta de pruebas. Como señala MONTERO AROCA, "la fase preliminar cumple dos finalidades básicas, por un lado nos prepara para el juicio, y por otro, evita juicios inútiles".⁽³²³⁾

Es de precisar que cuando hacemos mención a la función de probar, esta no es una exigencia que solo afecte al titular de la acción penal, sino también a las partes por cuanto sobre estas recae la carga de incorporar pruebas al juicio, a efectos de probar su propia pretensión. Así, por ejemplo, corresponde a la defensa probar las causales atenuantes, eximentes o excluyentes de responsabilidad penal.⁽³²⁴⁾

³²³ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1997, pág. 60.

³²⁴ "El objeto de la prueba en el proceso penal está constituido por el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión". JAUCHEN,

Asimismo, dentro de este rol se encuentra la competencia del Juez de la Investigación Probatoria para realizar el control de las propuestas de admisión de las convenciones probatorias y de la prueba anticipada.

Merece precisarse que una vez incorporado el medio de prueba para su debate en juicio oral, rige el principio de comunidad de prueba que establece que una vez ingresada la prueba al proceso, esta beneficia a todos los sujetos procesales, con independencia de quien lo haya propuesto; de este modo, no importa qué sujeto procesal ofrezca la prueba, ya que cualquiera de las partes puede hacer uso de ella.

Al respecto, CLARÍA OLMEDO señala que "el principio de adquisición procesal se proyecta al de comunidad de la prueba, en el sentido de que la ordenada debe ser recibida, y valorada la decisiva, pudiendo utilizarla en su beneficio aun la parte que no la ofreció. De aquí que no se puede renunciar a un medio de prueba que el tribunal asumió al ordenar su recepción".⁽³²⁵⁾

- b. Segundo rol.-** La fase intermedia cumple una función depuradora del material probatorio.⁽³²⁶⁾ El mecanismo de depuración de la prueba se manifiesta en la regla de exclusión de todo aquel elemento de prueba que se pretenda incorporar al proceso con vulneración de normas procesales o derechos fundamentales o cuando se haya impedido la incorporación (no atribuible al imputado o a su defensa) de elementos de prueba que sean esenciales para afirmar o descartar todos o algunos de los elementos conformantes de la imputación.⁽³²⁷⁾

Eduardo. M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004, pág. 21.

³²⁵ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *El Proceso Penal*. Tomo II. pág. 312.

³²⁶ "El medio es un concepto procesal; para que sea prueba debemos aportarlo al proceso como medio a través de los medios admitidos en el proceso. Los medios de prueba son la exteriorización de las fuentes". FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría general del Derecho procesal*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, págs. 431, 432.

³²⁷ Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de lineamientos para toda actividad probatoria al señalar que "(...) entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- Pertinencia: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

En resumen, junto con la descripción del hecho procesal y la calificación jurídica del mismo, debe concurrir copulativamente la fundamentación probatoria en que se sustente la pretensión acusatoria.⁽³²⁸⁾

D. La petición o *petitum*

Cuando nos referimos a la petición, de lo que estamos hablando es de la pretensión penal⁽³²⁹⁾ que puede ser alternativa o subsidiaria, es decir, puede centrar su atención en un tipo penal concreto o puede incorporar un segundo tipo de imputación, si el primero no puede ser probado.

- Conducencia o idoneidad: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- Utilidad: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- Licitud: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria". Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Lima, 17 de octubre de 2005.

³²⁸ "En efecto, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo, lo que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento que le permita compararla con la primera –la hipótesis– y convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última". CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual del nuevo sistema procesal penal*. 3ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pág. 85.

³²⁹ "La pretensión penal podemos entenderla como la declaración de voluntad dirigida contra el acusado, en la que se solicita al Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad, fundada en la comisión por aquél de un hecho punible". GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Editorial Colex, 2ª Edición, Madrid, 2007, pág. 246.

Lo acotado sirve para enmarcarnos dentro de la pretensión acusatoria; esta por lo general se centra en un pedido de pena principal que puede variar dependiendo del grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado) que se haya probado, o del grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor).⁽³³⁰⁾

³³⁰ "La realización del *derecho de penar* ha de canalizarse a través del proceso penal y para ello es preciso que se ejercite lo que se denomina la acción penal. El titular de la acción penal puede ser el Estado (Ministerio Público) o los particulares (querellante). El Estado aparece en el proceso penal en dos lugares distintos o con un doble carácter; el Estado "ejercita" la acción penal a través del Ministerio Público y "realiza" el *ius puniendi* mediante el Juez. El proceso penal acusatorio exige que la acción penal sea ejercitada por un órgano del Estado distinto e independiente de aquel órgano llamado a "realizar" el derecho de penar, pues solo así se establece un sistema que objetivamente permita garantizar la imparcialidad en la realización del *ius puniendi*. De ahí que, la creación del Ministerio Público no ha tenido otro fin que el de dispensar al Juez de la iniciativa de la persecución penal. En realidad, el *ius puniendi* lo detenta el Estado y lo realiza por medio de los Jueces a través de un procedimiento previamente establecido y previa petición al respecto (petición que puede provenir de los particulares para los delitos de ejercicio privado de la acción o del Ministerio Público para los delitos de ejercicio público de la acción). La acusación no es la realización o ejercicio del *ius puniendi*, sino una *condición* para su realización o ejercicio. Así pues, en la acción penal no se ejercita el *ius puniendi*, sino el *ius persequendi* como condición para que el Juez ejercite y realice el *ius puniendi* del Estado. El contenido del derecho de acusación es la petición de que el Juez ejercite su derecho de penar. En base a estas premisas, podemos considerar a la acción penal como el derecho potestativo público que la ley otorga al Ministerio Público y a ciertas personas legitimadas, para requerir del Juez una decisión acerca de la noticia de un delito, en orden al establecimiento de su existencia y a su posible imputación a determinada persona a fin de imponerle una pena. El derecho de penar pertenece al Estado y se realiza a través de los Jueces, siendo para ello necesario que previamente se haya ejercitado una acusación y se haya seguido un proceso penal. Cuestión distinta son los derechos fundamentales que tienen los intervinientes en un proceso penal, pues, respecto a estos sí puede decirse que se trata de *derechos subjetivos*. Ahora bien, el ejercicio del derecho de acción, esto es, de impetrar la actuación de los Jueces penales, constituye un derecho fundamental para los particulares al referirse al derecho a la tutela jurisdiccional reconocida en el artículo 139.3º de la Constitución Política del Estado, en su manifestación del derecho de acceso a los tribunales; mientras que para el Ministerio Público aparece configurado como un deber, al tener que ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, como lo reconoce el artículo 159.5º de la Constitución. No existe un derecho a una condena penal. El acusador (tanto sea el Ministerio Público, como el querellante) no tienen derecho a una condena, sino únicamente el derecho de acceso al órgano jurisdiccional y el derecho a recabar una resolución fundada en derecho. Por consiguiente, no existe un derecho subjetivo a obtener una condena.

Mediante la acusación se crea el presupuesto necesario para que el órgano jurisdiccional pueda imponer la pena al culpable. De manera que la *acción* es el ejercicio del derecho de impetrar ante los Jueces una resolución motivada en derecho. Tal acción se configura como un derecho-deber en el Ministerio Público y como un derecho en los particulares. El derecho de acción se configura, por tanto, como el derecho de acceso a un proceso

También puede contener una pena accesorio, en la que se puede incluir la inhabilitación, la multa, la reparación civil en caso no exista actor civil, y en ciertos casos el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.

En este sentido, la acusación contendrá la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, y la persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios. También se expresarán las solicitudes en relación a los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

Asimismo, corresponde que el Fiscal se pronuncie sobre las medidas cautelares subsistentes que fueran dictadas en el curso de la investigación preparatoria, conforme lo establece el artículo 349.4 del CPP, pudiendo solicitar la continuación de la medida cautelar impuesta, su variación o que se dicten otras medidas cautelares complementarias.

4. El sobreseimiento

578. Se trata de un mecanismo procesal, "opuesto al auto de enjuiciamiento, reviste la forma de auto y pone fin de forma definitiva al proceso. Es una negación anticipada del derecho de penar del Estado, dicho en otras palabras, una declaración judicial de que no es posible abrir juicio oral porque de antemano sabemos que por una u por otras causas no es posible sostener que existe el derecho previo de

penal. La *pretensión penal* se concreta en la declaración de voluntad tendente a solicitar la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, la cual se concretiza en el escrito de acusación debidamente motivado y proveído de todos los requisitos previstos en el artículo 349.1° del CPP. La *pretensión penal* viene a ser la afirmación de que se ha producido un hecho que genera el *ius puniendi* y la petición de que el Juez ejerza el derecho de penar. La pretensión penal se formula en la acusación ubicada en la etapa intermedia del proceso penal, a diferencia del proceso civil en que la pretensión se formula en la misma demanda que da inicio a la etapa postulatoria; otra diferencia, es que en el proceso civil caben acciones declarativas y constitutivas, en tanto que, la pretensión penal debe ser siempre de condena. Ningún otro acto procesal que no sea la acusación, contiene el pedido de imposición de una pena para el acusado, lo cual corresponderá ser resuelto por el Juez como detentador del derecho de penar, en tanto quede acreditado en juicio la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, mas allá de toda duda razonable. En resumen, la acción penal insta únicamente la iniciación del proceso penal y su tramitación hasta la sentencia; la pretensión penal busca el sometimiento de alguien [el acusado] a la pena". Expediente: 5449-2010-77. Resolución N° 5, Trujillo, 26 de abril de 2011. Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

acusar³³¹), los motivos para poner fin al proceso están establecidos en el artículo 344° numeral 2 del CPP y son:

- a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado.- “Por inexistencia del hecho cabe entender solo dos supuestos: i) cuando esté probado que el hecho no ha sucedido y, ii) cuando resulte probado que el acusado no fue el autor del hecho criminal, pues se entiende que respecto de este el hecho no ha existido”.³³² En estos casos estamos ante supuestos de certeza absoluta.
- b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.- Se trata de un supuesto que concuerda con los presupuestos de la excepción de improcedencia de acción, es decir, cuando el hecho no constituye delito, o no es justiciable penalmente tal y como lo señala el artículo 6.1, literal b) del Código Procesal Penal.

En este supuesto, se discute la calificación jurídica, la tipicidad de las conductas acreditadas, pero no relevantes penalmente. Estamos frente a un supuesto de subsunción, de interpretación jurídica de hechos que en realidad no son controvertidos.

El Juez de la Investigación Preparatoria debe declarar de oficio, conforme lo establece el artículo 352.4 del CPP, el sobreseimiento en los casos de atipicidad, inculpabilidad y punibilidad, en concordancia con el artículo 344.4 literal b) del Código Procesal Penal.

- c) La acción penal se ha extinguido.- El artículo 78° del Código Penal establece las causales de extinción, norma que debe ser concordado con los artículos 79°, 80°, 81°, 83° y 84° los mismos que deben interactuar con el artículo 339.1 del Código Procesal Penal que regula los efectos de la formalización.

³³¹ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., pág. 85.

³³² GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras Leyes. CONDE-PUMPIDO, Cándido, DÍAZ MARTÍNEZ, Pilar, BARRA DE JESÚS, Eladio, GONZALES CAMPOS, Eleuterio, GUTIÉRREZ, María de los Ángeles, GUTIÉRREZ CARBONELL, Miguel, GUTIÉRREZ ORTEGA, Ana, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Alberto, LUZÓN CUESTA, Manuel, MARCHENA GÓMEZ, José, PUYOL MONTERO, RODRÍGUEZ SOL, Luis. Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 569.

- d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y que no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.- Se trata de un supuesto que regula los casos de insuficiencia referidos a indeterminación del imputado o partícipe (insuficiencia subjetiva) y respecto de la inexistencia del hecho (insuficiencia objetiva).

579. El procedimiento para requerir el sobreseimiento se encuentra en el artículo 345° del Código Procesal Penal cuando señala:

1. El Fiscal enviará al Juez de la Investigación Preparatoria el requerimiento de sobreseimiento, acompañando el expediente fiscal. El Juez correrá traslado de la solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo de 10 días, conforme lo establece el artículo 345.1 del Código Procesal Penal.
2. Los sujetos procesales podrán formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo establecido. La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, será fundamentada y podrá solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes.

Vencido el plazo del traslado, el Juez citará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales para una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. La audiencia se instalará con los asistentes, a quienes escuchará por su orden para debatir los fundamentos del requerimiento fiscal. La resolución se emitirá en el plazo de 3 días.

5. La acusación

580. El contenido de la acusación se encuentra regulado en el artículo 349° del Código Procesal Penal⁽³³³⁾, que es complementada por el

³³³ Artículo 349° del CPP.- Contenido de la acusación

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:
 - a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
 - b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
 - c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
 - d) La participación que se atribuya al imputado;

Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 que ha establecido cuatro pautas o requisitos que debe cumplir la acusación:

- i. Requisitos objetivos.- El Acuerdo Plenario establece en el segundo párrafo del fundamento sexto que “desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal”.⁽³³⁴⁾

Mientras que en el fundamento sétimo señala que “desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba”.

- ii. Requisitos subjetivos.- El Acuerdo Plenario establece en el fundamento séptimo que “desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien

-
- e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
 - f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
 - g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garanticen su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,
 - h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.
2. La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.
 3. En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.
 4. El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

³³⁴ Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria fiscal”.

- iii. Formales.- El Acuerdo Plenario establece que además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones.

6. La acusación directa

- 581. Es un mecanismo procesal que permite al Fiscal de la Investigación Preparatoria saltarse la etapa de investigación preparatoria y formular acusación. (Artículo 336.4 del Código Procesal Penal). Con ello se busca acelerar la fase intermedia ante la existencia de todos los presupuestos necesarios para determinar la realidad del delito.
- 582. La acusación directa exige en primer lugar la culminación de las diligencias preliminares o de la existencia de un Informe Policial acabado. “Es decir: i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo”; ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes, y posteriores y la correspondiente tipificación; iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no haya actor civil y; v) ofrece los medios de prueba para su actuación en audiencia”.⁽³³⁵⁾
- 583. La defensa del imputado ante una acusación directa, solo puede solicitar la realización de elementos de convicción, dado el corto plazo que tiene para introducir elementos probatorios.
- 584. Ante una acusación directa, el agraviado tiene el término de 10 días después de notificada la acusación para solicitar su constitución en actor civil. Asimismo, dado que la acusación directa se salta la fase intermedia, al iniciar el juicio oral las partes (defensa del acusado,

³³⁵ Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116, Lima, 16 de noviembre de 2010, fundamento 12.

actor civil) pueden ofrecer medios de prueba que consideren pertinentes, conducentes e idóneas.⁽³³⁶⁾

7. El proceso inmediato

585. El artículo 446° del Código Procesal Penal establece el proceso inmediato, se trata de un medio que permite al Fiscal acortar los plazos evitando la fase intermedia. "En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares y previos al interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia".⁽³³⁷⁾

586. Para que se declare fundado el proceso inmediato, el Juez requiere realizar lo siguiente:

- a) Control de requerimiento fiscal para la incoación del proceso inmediato.- Se trata de un control para determinar la procedencia del proceso inmediato. "Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso —aunque no obligatoriamente—, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, quienes podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda".⁽³³⁸⁾
- b) Control de la acusación fiscal.- Este control versa sobre los requisitos objetivos, subjetivos y formales.

³³⁶ "En un proceso común, en el que se lleva a cabo en la etapa intermedia —donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren— cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de prueba al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373° NCPP lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: i) Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. ii) Que la prueba haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia". Fundamento 21° Acuerdo Plenario N° 6/2010. Lima, 16 de noviembre de 2010.

³³⁷ Fundamento 17° Acuerdo Plenario N° 6/2010. Lima, 16 de noviembre de 2010.

³³⁸ Fundamento 17° Acuerdo Plenario N° 6/2010. Lima, 16 de noviembre de 2010.

587. El proceso inmediato para casos de varios procesados solo será posible si todos ellos se encuentran en la misma situación, es decir, que hayan sido sorprendidos en flagrante delito, los coimputados hayan confesado la comisión del delito, que existan elementos de convicción y estén implicados en el mismo delito.

8. El forzamiento de la acusación

588. El artículo 324.1 del Código Procesal Penal establece que cuando el Juez de la Investigación Preparatoria no considere fundado el requerimiento fiscal de sobreseimiento, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior, para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal de la Investigación Preparatoria.

589. El Fiscal Superior debe pronunciarse en el plazo de diez días. Si no está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal de la Investigación Preparatoria, puede ordenar que otro Fiscal distinto del que emite Disposición de sobreseimiento formule acusación.

590. El Código Procesal Penal establece que el Juez de la Investigación Preparatoria, es quien puede forzar la acusación, recordemos que esta posibilidad no debe entenderse como la asunción de una posición favorable al ente acusador, por lo que en estricto no estamos ante una pérdida de imparcialidad, pues recordemos que este Juez no tiene competencia para conocer o conducir el juzgamiento y menos para establecer responsabilidad penal.

591. Consideramos que la defensa de la tutela judicial efectiva justifica el deber del Juez de la Investigación Preparatoria, de contribuir a que se agoten las posibles explicaciones posibles derivadas de la apreciación en conjunto de todos los hechos indicadores, a efectos de generar certeza sobre el hecho investigado. Además quien mejor que el Juez que ha conocido de cerca los actos de investigación para visualizar en conjunto el panorama que se presente. Lo importante es que el Juez justifique las razones para activar el procedimiento para forzar la acusación.

592. Merece precisarse que la norma procesal no exige pedido de parte para que el Juez pueda activar el procedimiento para forzar la acusación. Aunque queda claro que el actor civil y/o agraviado tiene plenas

facultades para solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que active el procedimiento para forzar la acusación.

593. El caso del agraviado es algo más complicado, pues depende de la solicitud del Fiscal; porque al no estar apersonado, no puede introducir su pretensión en el proceso penal. Si el artículo 95.1.d) NCPP permite al agraviado impugnar el sobreseimiento, es lógico que también pueda activar el procedimiento para forzar la acusación. Pero, a diferencia del actor civil, en este caso sí existe un requisito previo. El Fiscal no debe haber solicitado una reparación civil en su favor; si así fuera, solo tendrá la opción de apelar una resolución desfavorable en el "extremo civil del sobreseimiento", pero no tendrá sentido que solicite una acusación que, en principio, no condiciona el pago de una indemnización en su favor.⁽³³⁹⁾

9. La investigación suplementaria

594. La investigación suplementaria es un mecanismo procesal que permite al actor civil solicitar al Juez Penal que el Fiscal de la Investigación Preparatoria realice diligencias suplementarias concretas para absolver algún defecto menor de la acusación, conforme lo establece el artículo 346.5 del Código Procesal Penal.
595. El pedido de la parte interesada para realizar una investigación suplementaria requiere que se indique el objeto y los actos de investigación que consideren procedentes (Art. 345.2 del Código Procesal Penal). De declararse fundada, el Juez indicará el plazo y las diligencias que el Fiscal deberá realizar. Cumplido este trámite, no procede oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación.
596. No procede investigación suplementaria si el Fiscal solicita el sobreseimiento, pero a la vez propone el pago de la reparación civil; de ser este el caso, la pretensión del actor civil no se ve perjudicada, al estar circunscrita a este ámbito.
597. "Si la solicitud cumple con los requisitos formales expuestos, luego debe evaluarse su "fundabilidad". El Juez tiene la potestad de establecer si existen razones suficientes para decretar el desarrollo de

³³⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., pág. 122.

una Investigación Suplementaria cuando considere que la solicitud de actos de investigación adicionales y los medios de investigación propuestos, no permitirán, razonablemente, variar la situación que determinó la solicitud de archivo del procedimiento".⁽³⁴⁰⁾

598. "Lo mismo sucede cuando los medios solicitados sean inconducentes, impertinentes o inútiles; ya que es evidente que en estos casos tampoco existe una posibilidad razonable de que, luego de su actuación, se determine la necesidad de acudir a la etapa de juzgamiento. En estos casos deberá declarar infundado el pedido (Art. 346.5 NCPP)".⁽³⁴¹⁾

XIX. LA PROBANZA DEL DELITO DE COLUSIÓN

599. La prueba tiene por finalidad acreditar los hechos planteados en la acusación, generando certeza en el juzgador sobre cada uno de los puntos controvertidos respecto de los cuales fundamentará su decisión.
600. La pregunta ¿qué se prueba? parte de lo que es objeto de debate y de corroboración en todos aquellos elementos o enunciados que conforman el hecho procesal, esto es, hecho calificado jurídicamente en la acusación y en el auto de enjuiciamiento en todos aquellos aspectos o acontecimientos principales o conexos que sean relevantes penalmente como para ser punibles de una sanción penal.⁽³⁴²⁾
601. "Considerado en abstracto, o sea con relación a cualquier proceso penal, el objeto de prueba comprende todo acontecimiento o circunstancia fáctica referida al hecho en sí en cuanto cambio del mundo exterior (muerte, apoderamiento, etc.), a las manifestaciones psíquicas

³⁴⁰ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 122.

³⁴¹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 122.

³⁴² "La prueba es un medio u objeto que proporciona al Juzgador el convencimiento de la existencia de un hecho; desde el punto de vista objetivo sirve para acreditar un hecho desconocido y desde el punto de vista subjetivo es la convicción o certeza que tal medio u objeto produce en la mente del Juez; sin la existencia de la prueba no es posible dictar resolución judicial que afecte el entorno jurídico de las partes, sobre todo del imputado; en el caso del sentenciado que interpone el recurso de nulidad, la imputación que se le hace produce convicción no solo por la referencia precisa que hace su coimputado, sino porque tiene esta afirmación una perfecta ilación con lo afirmado por la agraviada; por consiguiente no cabe nulidad de la sentencia". Segunda Sala Penal Corte Suprema de Justicia. R. N. Exp. N° 101-2005. La Libertad. Lima, 16 de marzo de 2005.

(inconsciencia, emoción, perversidad, etc.), a las cosas en cuanto porción de la realidad, a las personas en su proyección física o biológica, a los lugares en cuanto dimensiones espaciales y de ubicación, a los documentos escritos o grabados en su materialidad, a otros datos inmateriales susceptibles de conocerlos por sus manifestaciones físicas (electricidad, luz, calor, etc.), a los principios científicos o técnicos, a reglas de la experiencia en cuanto común modo de ser y de obrar de personas o cosas, y a las normas jurídicas no vigentes en cuanto a su existencia temporal o espacial".⁽³⁴³⁾

602. El delito de colusión tienen como eje central la celebración de un acuerdo colusorio perjudicial para el patrimonio del Estado, en el que los sujetos involucrados, al estar conscientes de su ilegalidad, tratan de ocultar su comportamiento a través del desarrollo de métodos sofisticados de ocultamiento y destrucción de todo aquello que pueda ofrecer rastros que permitan la probanza de esos acuerdos.
603. En consecuencia, las decisiones colusorias no suelen ser colocadas por escrito, y si lo son se utiliza un lenguaje del que no se deriva la intencionalidad o la manera cómo ocurrieron exactamente las cosas, de este modo se hace en la práctica muy difícil, sino imposible, que se encuentre prueba directa, dígame, documentación que contenga el acuerdo, filmaciones de la negociación, declaraciones de las partes que intervinieron en el acuerdo, entre otros.
604. Así, limitar la actividad probatoria a la existencia de prueba directa, traería aparejado la impunidad, pues los únicos acuerdos defraudadores sancionados serían los ejecutados con tremenda torpeza por quienes participan en ella, situaciones en las cuales la conducta ilegal es descubierta más por torpeza de los partícipes, que por la habilidad y mérito del investigador.
605. De este modo, los acuerdos colusorios, al ser actos de poder determinados previamente, son por regla general acuerdos de palabra, por tanto, se montan estrategias para evitar se descubra y por ende se sancione, por lo que es frecuente que los acuerdos se den por medio de conversaciones privadas de las que no se deja testimonio escrito alguno; llamadas telefónicas o comunicaciones cifradas en código; por tanto, prueba de carácter documental, audio visual o de

³⁴³ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *El Proceso Penal*. Tomo II. Ob. cit., pág. 309.

cualquier otro de naturaleza similar es poco probable que se presenten.

606. Existen diferentes maneras en que la concertación opera y que no implican la existencia de un "contrato". Es práctica común que los acuerdos se den entre los órganos de dirección a través de "decisiones" subrepticias que son comunicadas a los órganos técnicos o gerenciales para que sean adecuadas a intereses predefinidos, y respecto de los cuales estos funcionarios se adhieren al acuerdo, no existiendo problema en qué orden se invierta, es decir los órganos gerenciales direccionan las propuestas a las que luego se adhieren los órganos de dirección.
607. En este último caso, los órganos técnicos o gerenciales emiten recomendaciones basadas en un intercambio de estructuras de costos entre los entes técnicos y alguna de las empresas postoras, también se presenta la figura de un estudio técnico común, en la cual el postor y el órgano técnico que evalúa la propuesta establecen un acuerdo previo en el que se fija ciertos niveles de precios.
608. Es por ello que la probanza del delito de colusión requiere un trabajo muy fino que articule los diversos datos fácticos, las informaciones, los hallazgos, los instrumentos o cualquier otro medio que tenga la calidad de indicar objetivamente un actuar o un omitir anómalo, incorrecto o defectuoso, incluso manifestaciones particulares de prácticas o usos que se alejan de los objetivos institucionales de eficiencia en el manejo del recurso público o que representen en su conjunto modos distintos a los estándares de funcionamiento exigibles en la administración pública.
609. Cuando nos referimos al anormal funcionamiento de la administración pública, entramos a un ámbito jurídico no legislado, cuya concreción se remite a los estándares del rendimiento medio del servicio público del que se trate, significa que en su determinación concurren diversos conceptos que significan diversas cosas de acuerdo al lugar y a las personas y que se manifiestan a través de las formas que toman los acuerdos defraudatorios y que están en relación directa con el lugar, el tiempo y las personas que intervienen.
610. El funcionamiento anormal de los órganos que administran recursos públicos, entendidos estos como un complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades abarca

cualquier defecto en su actuación que resulte contrario a los deberes generales de los funcionarios públicos.

611. Los deberes de los funcionarios y empleados públicos surgen de dos vertientes: de la actividad personal del agente y de su vinculación con el Estado. De ello podemos señalar que existen algunos deberes genéricos que debe cumplir todo funcionario:

- i. El deber del secreto.- Implica lealtad con la administración y particularmente con la institución a la cual está vinculado el agente. De este modo, el servidor público está en la obligación ineludible de guardar el secreto sobre todos aquellos asuntos que tengan relación con las licitaciones o contrataciones públicas.
- ii. Deber de reserva de documentos.- Es deber del funcionario público el mantener la reserva de toda la documentación relacionada con la licitación o contratación, evitando la filtración de toda información que pueda favorecer o perjudicar a alguno de los postores.
- iii. Deber de lealtad.- Todo funcionario se debe a la institución a la cual representa, por tanto, en el desempeño de sus funciones debe procurar la obtención de los mayores beneficios para su institución. Esto debe hacerlo a través de un equilibrio entre el cumplimiento escrupuloso de las normas de contratación y la defensa de los intereses económicos que custodia.

1. Los indicios

612. Un indicio es un hecho, circunstancia o signo objetivo suficientemente acreditado, que analizado en conjunto con otros medios de prueba, conduce a la certeza sobre un hecho desconocido que tiene relación con lo que es objeto de enjuiciamiento.⁽³⁴⁴⁾

613. La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que los indicios son entendidos como un conjunto de datos o circunstancias que conducen a la afirmación de un hecho incierto a través de un procedimien-

³⁴⁴ "El término indicio es todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y, en general, todo hecho conocido o mejor dicho de conocimiento comprobado; susceptible de llevarnos, por vía de una inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido por medio de una operación lógica". DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. 9ª Edición, Temis, Bogotá, 1989, pág. 57.

to lógico jurídico en el que se aplica las reglas de la lógica y de la experiencia, se convierte en prueba indiciaria, es decir un medio de prueba válido para superar la valla de la presunción de inocencia, aunque existen posiciones que afirman que no se trata de un medio de prueba en sentido estricto, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados.

614. La prueba indiciaria es aquella que acredita la existencia de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos de forma objetiva en la misma dirección, afirmando a través del encadenamiento lógico de los diversos indicios, la conclusión de que el hecho imputado es la única explicación posible, para revelar la conducta de los partícipes, así como la decisión tomada para beneficiar a una empresa o persona.
615. La prueba indiciaria se alimenta de la misma lógica, es decir, de la constatación que es posible imaginar de todo conocimiento que se basa en verificación directa o en prueba contrastable. De este modo la prueba indiciaria se convierte por excelencia en el medio de prueba idóneo por excelencia para acreditar el delito de colusión.
616. Es importante diferenciar los indicios de las presunciones. Los indicios son hechos objetivos y contrastables, mientras que la presunción es un razonamiento que nos indica como probable que un hecho incierto haya ocurrido de determinada manera.
617. Al respecto, DEVIS ECHANDÍA señala que "el indicio es la prueba y la presunción (...) la consecuencia de la regla de la experiencia o técnica que permite valorarla".⁽³⁴⁵⁾
618. Lo acotado implica que existe una conexión estrecha entre los indicios y las presunciones. Ambos conceptos son complementarios, pero también diferenciados: el "indicio es aquel dato real, concreto indubitadamente probado, "inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado al *thema probandum*";⁽³⁴⁶⁾ mientras que la presunción es el proceso deductivo basado en un razonamiento lógico-crítico que permite llegar a conclusiones basados en indicios.

³⁴⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la Prueba Judicial*. Tomo II. Editorial Víctor P. De Zavallía, Buenos Aires, 1981, pág. 613.

³⁴⁶ MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba Indiciaria. Carga de la Prueba*. Ediciones BLG. Trujillo, 1992, pág. 21.

619. De este modo "la presunción (...) es diferente del indicio (...). Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y éste el razonamiento conclusivo. Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, sino se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción del hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico-crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica-crítica que la valora".⁽³⁴⁷⁾
620. Debemos señalar que para que se forme la presunción, primero los indicios deben estar debidamente acreditados por cualquiera de los medios probatorios admitidos por el Código Procesal Penal, en esta lógica es posible que el indicio se sustente a su vez en otro indicio:

2. Elementos de la prueba indiciaria

621. En la prueba indiciaria concurre un conjunto de elementos, se trata de presupuestos de exigencia obligatoria, en tanto conforman los componentes esenciales, sin los cuales no es posible estructurar la prueba indiciaria.⁽³⁴⁸⁾
622. El primer componente de la prueba indiciaria lo forma el indicio, así "para dar mérito al indicio, el primer paso es que la circunstancia o hecho alegado sea cierto. Si la existencia de ese hecho o circunstancia (hechos indicadores) no está debidamente acreditada, resulta evidente que a ninguna inferencia cierta o segura se puede arribar a partir de ellos. En ese supuesto, no existiría indicio alguno".⁽³⁴⁹⁾

³⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la Prueba Judicial*. Ob. cit., págs. 611 y 691.

³⁴⁸ "La prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos-base o uno solo especialmente significativo o necesario, que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo o inductivo, que puede ser explícito o implícito; y, c) una conclusión, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico". BELLOCH JULBE, Juan Alberto. "La prueba indiciaria". En: *La Sentencia penal*. AA.VV. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 38.

³⁴⁹ ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, pág. 685.

623. De lo acotado podemos señalar que el indicio provee la base en la que se determina un hecho cierto, y de la cual puede inferirse indirectamente y mediante un razonamiento deductivo, un hecho desconocido al que se llama hecho indicado. Así, son dos los elementos que en conjunto dan forma al indicio:

- a) **El indicio.**- El indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, pero también puede ser un objeto o cosa e incluso actitudes o comportamientos que se desprendan de la conducta de la persona imputada de un delito y que tenga idoneidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado o vinculado de forma racional. Así, un indicio será idóneo si con su ayuda nos acerca o facilita la verificación del hecho indicado u oculto.

El artículo 158° del Código Procesal Penal, numeral tercero, describe al indicio como un hecho base debidamente acreditado. Así, el indicio o hecho indicador es todo hecho conocido que propone o sugiere una concreta acción u omisión debidamente acreditada en la realidad y razonablemente comprobada en su existencia por ella misma o por medios de prueba u otros indicios y que es susceptible de llevarnos, por vía del raciocinio o inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido, denominado hecho consecuencia.⁽³⁵⁰⁾

En el delito de Colusión se debe lograr identificar los indicios como las piezas de un rompecabezas, partiendo del entendido que las partes principales no están disponibles, por haber sido ocultadas, enmascaradas o destruidas.

Las piezas disponibles serán indicios que a través de sus diferentes formas, tamaños y modos, nos mostrarán algunos de los elementos que vinculados entre sí a través de un organizado método de razonamiento, nos permitirán formular una explicación razonable respecto del hecho investigado. Para ello las piezas que disponemos deben ser organizadas de tal modo que la de-

³⁵⁰ "El indicio al que nos referimos supone un elemento fáctico que autoriza una deducción como consecuencia de él y que permite afirmar un hecho oculto. El indicio aparece así desprovisto de todo elemento irracional, es un dato objetivo que permite por su posterior conexión a una regla de experiencia de la ciencia o del sentido común, la inferencia, a través de la lógica de un hecho consecuencia o hecho oculto al que se refiere la actividad probatoria". MARTÍNEZ ARRIETA, Francisco. "La prueba indiciaria". En *La prueba en el proceso penal*. Centro de Estudios Judiciales. Curso N° 12, Madrid, 1993, pág. 55.

ducción respecto de las piezas faltantes, no requiera mayor esfuerzo.

La primera recomendación para armar este rompecabezas, es evitar el estructurar nuestras conclusiones definitivas usando solo un indicio; pues el problema que puede surgir, es que la parte contraria pueda demostrar otras explicaciones posibles de este hecho indicador, lo que traerá como consecuencia la deba- cle de nuestra estructura.

Se requiere que cada conclusión sea producto de una argumen- tación que agote todas las posibles explicaciones posibles en contenido, de modo tal que se presente sólidamente constituida, haciendo cuando menos difícil que otras explicaciones posibles alcancen su misma calidad probatoria.

A estos efectos, el indicio debe ser un dato objetivo que propor- cione una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido el ilícito, siendo inadmisibles las sospechas basadas en circuns- tancias meramente anímicas que puedan obtenerse de valorar el comportamiento de la persona⁽³⁵¹⁾; asimismo, se exige que haya sido accesibles a terceros, y susceptible de contradicción.

- b) La inferencia.-** GORPHE define la inferencia como "toda operación por la que se admite una proposición cuya verdad no se conoce directamente, en virtud de su vinculación con otras proposiciones que se tienen por verdaderas. Esta vinculación puede ser neces- aria o simplemente probada"⁽³⁵²⁾.

La inferencia o razonamiento es una operación intelectual con- sistente en que la premisa menor es una fuente, un hecho de prueba, por ejemplo, del testigo y su declaración. La premisa ma- yor del testigo es su fuente. En segundo lugar, la premisa mayor

³⁵¹ Debe tomarse en consideración lo afirmado por DEVIS ECHANDÍA cuando señala que "los in- dicios son una prueba crítica o lógica e indirecta (...). No puede ser una prueba histórica ni representativa y mucho menos directa, porque su función probatoria consiste únicamente en suministrar al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos crítico-lógicos, basados en las normas generales de la experien- cia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia están investigando". DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, pág. 307.

³⁵² GORPHE, François. *Apreciación Judicial de las Pruebas. Ensayo de un Método Técnico*. Segunda reimpresión de la primera edición. Editorial Themis S. A. Santa Fe de Bogotá, 1998, pág. 243.

es una máxima de la experiencia, sea prueba directa o indirecta; y en tercer lugar, la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar.⁽³⁵³⁾

Por cuanto "se utiliza el término inferencia en la medida que se llega a una conclusión a partir de dos premisas"⁽³⁵⁴⁾, de este modo la inferencia probatoria⁽³⁵⁵⁾ es la conclusión que se obtiene como producto de un razonamiento extraído de concatenar los indicios, manifestándose del encadenamiento de los argumentos extraídos de los indicios, o inferencias parciales.

Estas inferencias parciales están formadas por una premisa mayor y una premisa menor. "La premisa mayor está compuesta por la formulación de una ley probabilística que se apoya en leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia. Estas reglas de criterio humano se construyen sobre la base de las diversas relaciones entre las cosas (relaciones de semejanzas o de diferencia, de causalidad o de simple sucesión, de coexistencia, de finalidad); y en el caso de hechos únicos, por las relaciones de tiempo y lugar. La premisa menor está constituida por el indicio probado".⁽³⁵⁶⁾

Así, las inferencias parciales son elementos de hecho o hechos probatorios, estos "constituirán las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de la experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía".⁽³⁵⁷⁾

³⁵³ "La inferencia lógica es el proceso racional realizado por el juez penal que le lleva a concluir, a partir del indicio probado en el caso concreto y en atención a la regla del criterio humano pertinente, la prueba del hecho penalmente relevante". GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Editorial Reforma, Lima, 2010, pág. 47.

³⁵⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Ob. cit., pág. 47.

³⁵⁵ Como nos dice MIXÁN MASS "la inferencia es el razonamiento efectuado observando las reglas lógicas pertinentes. En la terminología especializada, al proceso de inferencia se conoce también como argumentos". MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba Indiciaria. Carga de la Prueba*. Op. cit., pág. 36.

³⁵⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Ob. cit., pág. 47.

³⁵⁷ GONZALES LAGIER, Daniel. "Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción". Materiales de lectura del Curso de Postgrado en Derecho. Título de Especialista en Ar-

“La garantía está constituida (a) por máximas de la experiencia – que pueden ser (a.1) de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; (a.2) de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o (a.3) de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión–; (b) por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente; o (c) por teorías que suelen ser proporcionadas por la doctrina, pero pueden proceder también de la jurisprudencia o, incluso, tener carácter legal (...)”.⁽³⁵⁸⁾

“El respaldo está constituido por todo aquello que permite apoyar las máximas de experiencia, las presunciones o definiciones: casos anteriores, las experiencias propiamente dichas de las que se infiere la máxima de experiencia, las normas que establecen las presunciones (o las experiencias que permiten fundamentarlas), teorías, otros argumentos, etc.”.⁽³⁵⁹⁾

Ahora bien, para evaluar los hechos indicadores, no se requiere un razonamiento excesivo o un esfuerzo extremo, sino una concatenación natural, en la que no es necesario forzar la mente para que la explicación sea aceptable; para ello las reglas de la lógica y de la experiencia son centrales, a la hora de formular un razonamiento simple y descartar aquellos razonamientos forzados o explicaciones ilógicas o de un razonamiento excesivamente abierto.

Si a ello sumamos los otros hechos indicadores que se enmarcan en la misma argumentación, se crea la convicción cada vez más creciente, de que es más probable que el hecho indicador sea cierto.

Lo acotado requiere el análisis previo, detallado y pausado de cada una de las hipótesis posibles. Solo a partir de la compulsión de las variadas y posibles explicaciones alternativas, se debe elegir aquella que resulte la más razonable, es decir, aquella que

gumentación Jurídica I. Universidad de Alicante, 2ª Edición mayo- octubre 2005. Director Manuel Atienza, pág. 2.

³⁵⁸ GONZALES LAGIER, Daniel. “*Quaestio facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción”. Op. cit., págs. 4, 5.

³⁵⁹ GONZALES LAGIER, Daniel. *Ibidem*, pág. 6.

fluye con mayor naturalidad y sin hacer razonamientos forzados, descartando de este modo las explicaciones menos lógicas o mediáticas.

El test de razonabilidad es un análisis de la proporcionalidad vinculado a lo justo y equitativo y por tanto, un parámetro de constitucionalidad que evita la arbitrariedad. De este modo, el razonamiento elegido debe tener las circunstancias particulares de cada caso; ello no supone una simple explicación de los valores subyacentes a la decisión; puede no ser suficiente para garantizar la razonabilidad de la elección realizada por el juez entre las diversas opciones legítimas, sino que será necesario exigir también que de la motivación se desprenda la eficiencia de la decisión en un modo tal que permita controlar y evitar una eventual ineficiencia (...). De esta manera, la eficiencia de la decisión se convierte en un instrumento de objetivación de la libertad de elección concedida al juez en los casos discrecionales, porque el juzgador no puede, ni debe, adoptar decisiones ineficientes aunque sean conformes con los valores socialmente imperantes, sino que deberá decidir tratando de maximizar la eficiencia de la solución elegida si quiere obtener una decisión razonable".⁽³⁶⁰⁾

b.1. Características de la inferencia.- Como dice CHÁVEZ LUNA "lo general del indicio como eslabón intermedio, es su carácter objetivo como fenómeno probatorio, en tanto que el indicio es precisamente un fenómeno probatorio. La relación o delación inacabada es precisamente lo que otorga a los fenómenos indiciarios el carácter particular de los eslabones intermedios".⁽³⁶¹⁾

Así, se exige que los indicios se muestren coherentes, entrelazados y acreditados suficientemente por prueba directa y/o indirecta, ya sea que se trate de indicios anteriores, coetáneos y/o posteriores al delito, y que deben aparecer periféricos respecto al dato a probar. Son indicios concomitantes con el dato fáctico a acreditar y tales plurales indicios están, no solo relacionados con el hecho nuclear precisado

³⁶⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La Motivación de las Sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, págs. 322, 323.

³⁶¹ CHÁVEZ LUNA, José Luís. "Indicio, valoración indiciaria de la prueba y proceso penal peruano". Op. cit., pág. 228.

de prueba directa, sino interrelacionados entre sí; para ello la inferencia requiere que el enlace que une el hecho base y el hecho consecuencia sea preciso y directo. A abordar estas dos características dedicamos las siguientes líneas:

- i. **Enlace preciso, concordante, contingente e interrelacionado.**– El vínculo que entrelaza el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ser sólido y concreto; esto quiere decir que la explicación que propone es la única explicación posible, así se exige desde el canon de la lógica que la inferencia cumpla con un proceso deductivo racional que sea capaz de dar cohesión a este enlace, desde su suficiencia argumentativa o calidad concluyente.⁽³⁶²⁾

El término concordante debe ser entendido como aquello que se ensambla naturalmente, sin forzarlo y que converja, es decir, que indique el hecho que interesa para la investigación y además se relacione con los demás medios de prueba.

Mientras que "(...) los indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidades y no en una relación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento".⁽³⁶³⁾

Lo dicho significa que no son admisibles los razonamientos forzados o excesivos, o aquellos de los que se pueda obtener un significado muy diferente o que requieran demasiado esfuerzo argumentativo. Se trata simplemente de que el enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia para ser preciso requiere de una explicación espontánea, acorde a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, sin que sea necesario convertir la explicación en compleja o forzada.

³⁶² Al respecto, la Corte Suprema señala "(...) que la prueba indiciaria no solo debe sustentarse en indicios categóricamente acreditados, además cuando estos son contingentes se requiere una pluralidad de ellos que en su conjunto –por fortaleza, precisión y concordancia– permitan enlazarlos entre sí, sin fisuras –formar una cadena indiciaria categórica–, que rechacen contraindicios u otras explicaciones razonablemente alternativas (...)". Ejecutoria Suprema R.N. Exp. N° 4516-2009-Piura, Lima, 19 de febrero de 2010, Sala Penal Permanente.

³⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*. Ob. cit., pág. 627.

Se requiere, asimismo, que la conclusión obtenida sea explicada desde el punto de vista en que se cualifica como posible una inferencia, ello supone descartar justificadamente las otras inferencias posibles.

"No debemos olvidar que el indicio no es tal —es decir, no indica nada— si existe una alternativa razonable de explicación que no ha sido descartada. En la medida que subsista una presunción razonable y excluyente de la primera y que no existe elemento alguno para preferir a una sobre la otra, tenemos que concluir que el hecho de la proximidad de operaciones no es un hecho "indicador", porque no apunta o señala en una sola dirección; sino en varias y opuestas y sin embargo todas razonablemente válidas".⁽³⁶⁴⁾

De este modo, será irrazonable el enlace si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él o permitan otras interpretaciones que tengan por lo menos la misma acogida, desde la perspectiva de la suficiencia o calidad concluyente.

Se exige asimismo que los indicios estén relacionados. Esto significa que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no solo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

- ii. **Enlace o encadenamiento directo o indirecto.**— La regla es que el encadenamiento entre los indicios debe ser directo, para evitar la posibilidad de incorporar deducciones forzadas, no naturales o las alternativas absurdas a la lógica y a la regla de la experiencia, excluyendo las explicaciones no creíbles, absurdas e improbables.

Existe concordancia entre la doctrina y la jurisprudencia respecto a que debe haber una conexión directa entre los hechos o indicios; sin embargo no existe tal consenso cuando se trata de hechos indirectos. Aquí entramos en el ámbito de los llamados indicios de indicios.

³⁶⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ibidem*, pág. 23.

Se afirma que el engarce debe ser directo, es decir que ambos indicios deban ser directos. Así, GARCÍA CAVERO señala que "sobre la base de este requisito se ha dicho que el indicio debe estar probado únicamente por prueba directa, pues utilizar prueba indirecta significaría mediatizar el enlace con una doble inferencia lógica. Esta conclusión resulta, sin embargo discutible, pues no se trata de limitar la prueba del indicio a la prueba directa, sino de dar a la prueba del indicio un carácter cierto. Si la certeza sobre la existencia del indicio se puede alcanzar con prueba directa o indirecta, entonces no debería haber ningún reparo para utilizar la prueba por indicios en la verificación del dato indiciario".⁽³⁶⁵⁾

Sobre este punto, poco se ha dicho en nuestro ámbito, ya sea a favor o en contra. La doctrina comparada sobre este particular señala que "la prueba de indicios puede realizarse por cualquier medio probatorio, incluida otra presunción (con rechazo del viejo aforismo *praesumptio de praesumptione non praesumitur*)".⁽³⁶⁶⁾

Una interpretación evolutiva del artículo 158º numeral segundo del Código Procesal Penal, admite la posibilidad de que los indicios se basen en otros elementos probatorios indirectos, cuando se refiere a los testigos de referencia o utiliza la fórmula "*situaciones análogas*" que deberán ser corroborados con otros elementos probatorios.

Se trata, a nuestro criterio, de una cláusula abierta de permisón, por el cual es apto el enlace entre un indicio y otro indicio no directamente corroborado; así por ejemplo, puede darse el caso que una testimonial de referencia (indicio indirecto), se vea corroborado por ejemplo con una pericia (elemento de prueba directa), de forma tal que la interrelación producida pueda aportar elementos de juicio que sostengan la hipótesis fáctica afirmada.

De este modo, la conexión entre el indicio (hecho base) y el hecho inferido debe deducirse precisamente de estos hechos bases; se excluye así las conjeturas o posibilidades,

³⁶⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Ob. cit., pág. 69.

³⁶⁶ CLIMEN DURÁN, Carlos. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, pág. 923.

pues estas no pueden generar convencimiento, al ser meras especulaciones, o en el mejor de los casos, constituyen simples probabilidades incapaces de cumplir con verificar el dato indiciario.

Sin embargo, el enlace indirecto tiene límites. De este modo, no es posible admitir un pluralidad de indicios de indicios o indicios indirectos, toda vez que el encadenamiento de indicios, es como los eslabones de una cadena, "cuanto más eslabones intermedios haya entre el primer hecho indiciario y el hecho principal, menor será con relación a este su fuerza probatoria. Porque a cada uno de los hechos que forman la cadena le son aplicables circunstancias invalidantes.

En consecuencia, cuando exista tal encadenamiento, será preciso no dejar de examinar cuidadosamente cada uno de los eslabones, analizando en cada uno de ellos las inferencias posibles que lo alejen del hecho principal, o de cualquier forma permitan inferir otra circunstancia diferente.

"La fuerza probatoria de cada indicio aplicada al hecho principal aumenta la fuerza probatoria de cada uno de los demás y recíprocamente, siempre que no se den las hipótesis invalidantes antes señaladas. Pero esa no es la razón para llegar a la conclusión de que la fuerza probatoria de todos esos hechos sea siempre y uniformemente igual al número de esos mismos hechos".⁽³⁶⁷⁾

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional español afirma que "no cabe excluir o limitar la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta; sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios. Ello no obstante, no puede ocultársenos que la ausencia de prueba directa, unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia,

³⁶⁷ JAUCHEM, Eduardo, M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Op. cit., pp. 609, 610, 611.

mayores interrogantes en relación con el respeto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia".⁽³⁶⁸⁾

Conforme con lo anotado, consideramos factible la utilización del indicio de indicios o indicio indirecto, siempre y cuando se trate de una cantidad mínima de estos, en la medida que la inicial inferencia indirecta resulte corroborada por alguna prueba directa en el caso del primer indicio; mientras que el siguiente indicio debe cumplir la función de complementar al primero, no en cualquier extremo, sino particularmente en aquello que se da por cierto el primero; a su vez, este segundo indicio puede incidir sobre otros aspectos sobre los que no versa el primero.

En síntesis, consideramos que el carácter directo del enlace debe ser meritulado acorde a las circunstancias que se presenten, resaltamos que lo realmente importante es que el encadenamiento entre el indicio y el hecho inferido debe llevarnos a determinar el elemento o elementos del tipo que se pretende probar.

En sentido contrario, la falta de lógica o incoherencia del enlace que no conduzca naturalmente a vincular el indicio con el hecho inferido ya sea por su carácter no concluyente, por ser excesivamente abierto, débil, indeterminado, antagónico o contradictorio, debe excluirse como inferencia.

De este modo, bastará con constatar la irrazonabilidad de la inferencia para mantener incólume el derecho a la presunción de inocencia al no existir medio de prueba que denote un grado de certeza suficiente para fundar una condena.⁽³⁶⁹⁾

En síntesis, la razonabilidad y solidez del nexo o engarce entre la consecuencia o resultado alcanzado y el relato de

³⁶⁸ STC N° 186/2005, Madrid, 4 de julio de 2005. F.J. 6.

³⁶⁹ Bien dice CHÁVEZ LUNA que "si en una valoración de concurso de indicios surge la contradicción o antagonismo entre manifestaciones probatorias o indiciarias encontradas, que en relación con un mismo aspecto subjetivo u objetivo, expresan hechos o situaciones diferentes; y si la contradicción no puede resolverse a favor de la cohesión indiciaria, en consecuencia, el eslabonamiento indiciario se rompe, pues, ante la existencia de expresiones indiciarias divergentes y excluyentes entre sí, no puede hablarse de una conexión armónica". CHÁVEZ LUNA, José Luis. "Indicio, valoración indiciaria de la prueba y proceso penal peruano". Revista *Diálogo con la jurisprudencia* N° 83, agosto 2005. Año 11. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2005, pág. 228.

hechos probados debe quedar claramente de manifiesto, por lo que los hechos constitutivos de delito deben deducirse de los hechos que se consideran plenamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, lo que debe estar explicitado en la resolución.

Lo anotado significa que la premisa menor (hecho probado) debe ser inmovible, es decir de imposible modificación. Ello comporta "(...) que la conclusión del razonamiento indiciario no entre en contradicción con otros hechos declarados probados. En este sentido, no es suficiente la confirmación de la misma a partir de ciertos elementos de prueba, sino que también es necesario que no se hayan practicado medios de prueba alternativos que arrojen un resultado contradictorio, por supuesto, siempre que se trate de resultados que puedan entenderse fundados. En otro caso, sería prácticamente imposible considerar que una hipótesis está bien fundada, puesto que frecuentemente existirán otros indicios o pruebas directas que apunten en sentido contrario (piénsese, por ejemplo en la declaración de descargo del acusado). Lo que se exige con este requisito es que tales elementos no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial".⁽³⁷⁰⁾

En conclusión, el enlace se manifiesta a través de la exteriorización de los hechos o indicios que se tenga por acreditados; de ello se parte para llegar a una conclusión sobre el modo en que se llevó a cabo los hechos, se trata de complementar los vacíos existentes, para lograr concatenar los hechos, de la misma forma que se haría con un rompecabezas.⁽³⁷¹⁾

³⁷⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*. Editorial IUSTEL, Madrid, 2005, pág. 263.

³⁷¹ La inferencia de los indicios se pueden dividir en: a) Inferencia admitida: Se trata de inferencias concretas que son generalmente admitidas y que cuentan con precedentes jurisprudenciales, psicológicos, científicos o son máximas o pautas de vida incluso (...), b) Inferencias novedosas: Se trata de razonamientos o deducciones innovadoras, que por ello merecerían una especial atención y que pueden ser producto de cambios en el comportamiento humano en los hábitos sociales o fruto de los adelantos técnicos". PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presunción de Inocencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 53.

Así, cuando se arma un rompecabezas no será necesario tener todos los elementos para poder visualizar la imagen; nos será suficiente ciertas piezas claves como para observar el panorama general que se nos presenta.

- c) **La conclusión inferida.** - "El razonamiento que emplea la prueba indiciaria es siempre persuasivo, nunca demostrativo: pretende convencer, no explicar".⁽³⁷²⁾

Para persuadir se requiere cumplir con cada una de las fases del procedimiento que permite vincular la premisa mayor (regla de experiencia) con la premisa menor (hecho probado) en armonía o concomitancia.

De este modo, "cuando se pasa de un punto a otro del razonamiento hay que ser consciente de ello, del salto y del riesgo. Cuando la conclusión lo es de una cadena de inferencias, deberá verificarse el fundamento de cada uno de los distintos pasos. Habrá que tomar en consideración todos los elementos de prueba y verificar la ausencia de contradicciones y tener clara conciencia de que a mayor complejidad en la cadena de inferencias, menor será el grado de probabilidad de la inducción probatoria".⁽³⁷³⁾

En consecuencia, "cuando el juez recurre a este medio de prueba debe proceder a analizar si existen reglas de experiencia que determinen los conocimientos con que cuenta una persona que se hallen en las mismas circunstancias que concurren en los hechos ya probados; en segundo lugar, el juez debe llevar a cabo un silogismo en el que la regla de experiencia actúe de premisa mayor y los hechos previamente probados de premisa menor. El resultado de este silogismo son las conclusiones sobre los conocimientos del sujeto enjuiciado. El contenido de las reglas de la lógica (en sentido estricto) no es otro que garantizar la corrección interna del silogismo en cuestión".⁽³⁷⁴⁾

³⁷² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La teoría de la prueba indiciaria". En <http://macareo.pucp.edu.pe/ftazeg/aafad.htm>. pág. 10.

³⁷³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "Garantismo y proceso penal". En *Garantismo y Derecho Penal*. Coordinador Sotomayor Acosta, Juan Oberto. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2006, p. 154.

³⁷⁴ RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. José María Bosch editor, 1999, Barcelona, pág. 242.

"Para poder afirmar que la conclusión inferida a través de la prueba de indicios coincide con la realidad son necesarios dos presupuestos básicos e irrenunciables: en primer lugar, las reglas de la experiencia que se apliquen a modo de premisa mayor deben ser enunciados que aporten declaraciones seguras e irrefutables sobre el contenido de dicha realidad. (...). En segundo lugar, también los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor en el silogismo indiciario deben corresponder plenamente con la realidad acaecida. Por expresarlo gráficamente, tales hechos deben ser fragmentados y previamente constatados con la realidad. Cualquier otro planteamiento sobre la premisa menor incorpora igualmente un margen de error que hace imposible sostener rotundamente que la conclusión del silogismo vaya necesariamente a corresponder con un hecho realmente acaecido, pues, como afirma FREUND "la combinación de probabilidades no puede aportar nada más que, de nuevo, otra probabilidad".⁽³⁷⁵⁾

La conclusión de la inferencia probatoria no puede entenderse en términos de certeza absoluta, sino en términos de convencimiento persuasivo; por ello basta que el juez encuentre el resultado propuesto, esto implica la existencia de una narración que se presenta como altamente probable⁽³⁷⁶⁾, es por esto que a la prueba indiciaria se le suele denominar también prueba de probabilidades.

"El grado de probabilidad estará dado por la convergencia de distintos indicios que permitan la inferencia de los motivos de sospechas. Si tal probabilidad, en el curso ordinario y natural de las cosas, solo se explica satisfactoriamente por la culpabilidad del imputado, el resto de las inferencias resulta inverosímil. Del cúmulo de elementos indiciarios examinados lógicamente en su

³⁷⁵ RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. *Ibidem*, págs. 246, 247.

³⁷⁶ "Habrà probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos: es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa)". CAFFERATA NORES, José Ignacio, HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La Prueba en el Proceso Penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*. Sexta Edición. Editorial Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 8.

integridad, conforme a la experiencia comúnmente reconocida, debe desentrañarse la relación entre el imputado y el delito".⁽³⁷⁷⁾

Así, la probabilidad de una realidad concreta, medida en términos de credibilidad objetiva, no implica que lo afirmado sea verdadero o que esté libre de dudas o ambigüedades, sino que se trata de aquello que corresponde con la normalidad de sucesos del tipo de situaciones que es objeto de valoración. Una historia será verosímil cuando las circunstancias de un cierto suceso pueden integrarse en una narración que se presenta como probable o más aceptable que otras; y para obtener esta, se debe aplicar al hecho procesal⁽³⁷⁸⁾ (premisa mayor) un juicio lógico formal-jurídico que lo vincule con la premisa menor (hecho probado).

La premisa mayor es entendida como la posición que asume el órgano jurisdiccional al situarse mentalmente en la condición de justiciable, y razonar si él, en dicha situación, hubiera actuado o dejado de hacer una determinada conducta. De forma que se llega a establecer si la conducta o la inconducta se corresponde con la situación fáctica planteada utilizando las reglas de la sana crítica⁽³⁷⁹⁾, de la experiencia y del criterio humano, el mismo que debe ser acorde a los principios de proporcionalidad⁽³⁸⁰⁾, motivación⁽³⁸¹⁾ y razonabilidad, a fin de extraer un razonamiento que incida sobre el hecho a probar.

³⁷⁷ ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. "La construcción indiciaria en el proceso penal". Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Concurso para abogados jóvenes. Azul, 2007, pág. 27.

³⁷⁸ El hecho procesal es el hecho calificado, el suceso referido en la acusación y en el auto de enjuiciamiento que incluye todos los sucesos o acontecimientos conexos y relativos a ellos y que son idóneos para tornar factible la obra del acusado como punible o como penalmente relevante.

³⁷⁹ "Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia". COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pruebas en Materia Civil*. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1949, pág. 195.

³⁸⁰ "La proporcionalidad no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma, que incide en un derecho fundamental, obtener una aplicación conforme con la Constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o aplicación constitucional de la misma". STC. N° 215-1994. Voto particular del Magistrado Vicente GIMENO SENDRA.

³⁸¹ "La motivación es un discurso, elaborado por el juez, en el cual se desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al *thema decidendi*, y en el cual, al mismo

De este modo, la premisa mayor parte de un razonamiento sentido en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia⁽³⁸²⁾ o, como dice el Tribunal Constitucional español, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".⁽³⁸³⁾

"Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos. Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar, hasta el límite de lo posible, la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima)".⁽³⁸⁴⁾

tiempo, el juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado. Por tanto, son dos las finalidades que configuran la esencia de la actividad motivativa; de una parte, el hecho de ser una justificación racional y fundada en derecho de la decisión; de otra parte, el dato de contrastar o responder críticamente a las razones o alegaciones esgrimidas por cada una de las partes". COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La Motivación de las Sentencias*. Op. cit., pág. 44.

³⁸² Las reglas de la experiencia "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretende tener validez para otros nuevos". STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Editorial Temis. S. A. Bogotá, 1999, pág. 30.

³⁸³ STC. N° 169/1989, Madrid, 16 de octubre de 1989. FJ. 2.

³⁸⁴ Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. Lima, 13 de octubre de 2008. Asunto Llamuja Hilaes. Fundamento 27.

Queda claro que las máximas de la experiencia deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos, no arbitrarios y/o ilegales; esto, por ejemplo, implica que en todos los casos debe estar identificada individualmente la premisa menor, sin esta no se puede válidamente concluir un razonamiento, se trata de un presupuesto de exigencia obligatoria, aun cuando el juzgador tuviera la convicción de la culpabilidad del acusado.

Ello significa que la convicción subjetiva del juez, basada en criterios emocionales no es suficiente, tampoco lo es la existencia de inferencias no concluyentes⁽³⁸⁵⁾, se requiere de un resultado objetivo que debe estar plasmado en una narración de hechos convincentes que se tiene por probados.

Esto fluye del artículo 393º numeral segundo del Código Procesal Penal que establece reglas para la valoración probatoria. De este modo, la valoración libre no es sinónimo de valoración discrecional, sino que es aquella en la que el juez, aplicando las máximas de la experiencia, concede o no credibilidad en forma individual a cada medio de prueba concreta con su correlativo hecho probado, el mismo que se sumará a los otros medios de prueba incorporados en el razonamiento probatorio de la sentencia.⁽³⁸⁶⁾

Respecto al enjuiciamiento relativo a la razonabilidad de la regla de la experiencia que vincula los indicios con el hecho probado, solo se puede considerar insuficiente en su conclusión probatoria

³⁸⁵ "En consecuencia, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada". STC 124/2001, Madrid, 4 de junio de 2001. FJ.5.

³⁸⁶ "Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, rechazándose por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y topo de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos, pues, son imprescindibles: a) racionalidad de la inferencia; y, b) que responda plenamente a la reglas de la lógica y la experiencia; todo ello en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *Derecho procesal Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 385.

"desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (más allá de toda duda razonable), bien la convicción en sí".⁽³⁸⁷⁾

Así, esta conclusión para convertirse en prueba indiciaria debe explicar el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, para ello necesita la concatenación entre los siguientes elementos:

- i. Los hechos bases, indiciantes o indicadores.- Se refieren a los hechos probados⁽³⁸⁸⁾; es decir, aquella realidad fáctica plenamente acreditada y determinada en sus contornos

³⁸⁷ STC N° 145/2005, Madrid, 6 de junio 2005. F.J. 5, literal "d".

³⁸⁸ Respecto de los hechos base:

- a) "La primera nota exigible para tomar en cuenta esta forma de actividad probatoria es la necesidad de que el indicio no sea aislado, sino que exista una pluralidad. No puede indicarse con carácter nomotético como hacen algunas legislaciones extranjeras, cual debe ser el número preciso, pero sí se ha de recalcar que esos hechos periféricos absolutamente probados a partir de los que se fija la existencia del indicio sean más de uno.
- b) En segundo término, tales hechos han de estar absolutamente probados en la causa, y demostrados por prueba directa; precisando además ostentar la nota de derivarse de hechos, sucesos o acontecimientos no desconectados del supuesto delito, dicho de otro modo, es necesario que los indicios hagan relación material y directa, al hecho criminal y a su agente, pues de lo contrario se estaría en el vedado campo de las presunciones en contra del reo y se estaría vulnerando el expresado fundamento de la presunción de inocencia.
- c) Resulta también preciso que entre los hechos fundantes de los indicios exista una armonía o concomitancia a fin de que la convicción del juez se forme carente de toda duda razonable.
- d) Por último, también pueden ser fuente de indicios los denominados por la doctrina científica "contraindicios"; ya que si el procesado, que en forma alguna tiene la carga probatoria de su inocencia al estar amparado por la presunción de inocencia, formula alegaciones exculpatorias que la prueba posterior revele falsas y no acaecidas, tal circunstancia puede servir corroborativamente para establecer la culpabilidad". SSTC de 14 de octubre de 1986. F.J. 9. Citado por CLIMEN DURÁN, Carlos. *La Prueba Penal*. Tomo I. Op. cit., pág. 884.

esenciales por elementos probatorios directos⁽³⁸⁹⁾; estos pueden ser cualquier medio confirmatorio legalmente permitido (documentos, pericias, testimonio, etc.), basta que hayan sido actuados en juicio oral y sometidos al contradictorio, y que estén exentos de dudas o cuestionamientos, es decir, que estén suficientemente probados.⁽³⁹⁰⁾

De esta manera, el hecho indicador debe estar plenamente acreditado (fiabilidad) por cualquier medio probatorio. Lo que hace el indicio es utilizar el hecho indicador como instrumento para acreditar a través de un razonamiento lógico un hecho distinto de aquél que ha sido probado. Por ello lo importante respecto del indicio es la manera en que se razona.

Se excluyen, por tanto, los hechos indicadores inciertos, dudosos y aquellos otros de los que se pueda obtener una pluralidad de hipótesis. Se admite limitadamente que el hecho indicador sea otro indicio, en tanto tenga base probatoria sólida; por tanto, nuestra posición es que un indicio puede ser un hecho indicador o hecho base, pues se trata de un medio probatorio debidamente comprobado.⁽³⁹¹⁾

El hecho indicador o hecho base debe guardar coherencia con el hecho consecuencia o indicio, de modo que la relación entre el hecho base y el hecho consecuencia debe concluir

³⁸⁹ "Las pruebas primarias (confesión, testifical, documental e inspección ocular) son directas por estar inmediatamente referidos al hecho que se pretende probar, o sea, tanto la declaración de la parte o del testigo, o el contenido del documento, o lo que el juez ve o percibe, se refieren directamente al hecho que se trata de probar". CLIMEN DURÁN, Carlos. Ob. cit., pág. 890.

³⁹⁰ En esta lógica, RIVES SEVA afirma que "además, los hechos básicos o indicios han de quedar acreditados por medio de prueba practicada en el acto oral, que es el trámite en que el proceso penal se desarrolla con las garantías propias que se derivan de la observancia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, ya que las diligencias sumariales no son verdaderas pruebas y por ello carecen de virtualidad suficiente para destruir la presunción de inocencia, salvo casos excepcionales". RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La Prueba en el Proceso Penal*. Editorial Aranzadi. 2ª Edición. Navarra, 1996, p. 104.

³⁹¹ Como dice JAUCHEM "un indicio mal interpretado o deficientemente esclarecido deja abierta la puerta para otra hipótesis diferente. Por ello, solo podrá considerarse culpable al acusado cuando los elementos indiciarios, evaluados individualmente primero y luego en su conjunto, conduzcan a que, en el curso ordinario de las cosas, necesariamente así deben concluirse". JAUCHEM, Eduardo, M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Op. cit., pág. 609.

en el establecimiento de los hechos constitutivos del delito, tanto en sus aspectos objetivos⁽³⁹²⁾ como subjetivos.⁽³⁹³⁾

En síntesis, lo que se exige es que los indicios sean concordantes en conjunto, por lo que no existen indicios al margen de las pruebas que acreditan los hechos indicadores.

- ii. La pluralidad de indicios.- Es entendido como la conjunción de varios indicios que convergen en una conclusión determinada, de modo que a mayor precisión en el enlace entre indicios, mejor justificada estará el argumento esgrimido.

La diversidad de indicios responde a la necesidad de evitar en la medida de lo fáctico y jurídicamente posible que el azar o la eventualidad de otras explicaciones lleven a conclusiones erróneas, viabilizando que en el examen crítico de cada uno de los indicios elimine o desaparezca el azar o cuando menos lo minimice.

Esta exigencia para los indicios plurales es establecida en el artículo 158º numeral tercero, literal "c" del Código Procesal Penal que señala:

"Cuando se trate de indicios contingentes; estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes".

Debemos definir el concepto de contingente como aquel hecho que demostrado, puede tener varias causas. Esto significa que se debe analizar todas aquellas explicaciones serias y constantes, descartando aquellas ilógicas o irrazonables, eligiendo la más probable como posible explicación del hecho indicador.

Al respecto, DEVIS ECHANDÍA afirma que "(...) los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidades y no en una re-

³⁹² Los elementos objetivos.- Se refieren a los hechos, actos y toda otra manifestación que exteriorice del hecho base.

³⁹³ Elementos subjetivos.- Son expresiones, intenciones, conocimientos, sentimientos, o datos que se desprenden del hecho base; así, por ejemplo, en los casos en que este sea un medio de prueba testifical, debe observarse la exteriorización de lo manifestado.

lación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento".⁽³⁹⁴⁾

Para ello no basta que exista una pluralidad de indicios o que los indicios sean contingentes, es decir, que de ellos se pueda obtener varios hechos deducidos. Se exige además correlación⁽³⁹⁵⁾, esto es, conexión o armonía que conduzca por su fuerza vinculatoria a un concreto razonamiento o consecuencia respecto de los hechos que se pretenda probar.⁽³⁹⁶⁾

Concuerda con esta posición CLIMEN DURÁN para quien "los indicios plurales y concomitantes o periféricos han de estar interrelacionados entre sí. Precisamente, la interconexión existente entre los indicios es lo que dota de gran fuerza probatoria a todo este conjunto de elementos fácticos, a modo de una cuerda formada por diversos hilos o cordeles".⁽³⁹⁷⁾

De este modo, no basta con la concurrencia de varios indicios o que estos sean contingentes, para que exista prueba indiciaria, sino que además deben ser concluyentes para poder convertirse en prueba indiciaria.

"Cuando se trata de varios indicios, en primer lugar se debe proceder de manera aislada, a un análisis crítico; en un segundo nivel de análisis, debe concluirse que son coinciden-

³⁹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*. Ob. cit., pág. 627.

³⁹⁵ "La interrelación derivada (de) esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados, es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada uno de ellos repercute sobre las restantes en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no solo de la adición o suma, sino de esta imbricación". RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La Prueba en el Proceso Penal*. Op. cit., pág. 103.

³⁹⁶ "La prueba indiciaria requiere, pues, de un proceso deductivo que aúne el indicio al hecho que se necesita probar, pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea directa, esto es, el enlace entre ambos elementos de la presunción sea preciso y directo, y que la conclusión así obtenida sea fruto de una deducción, no mera suposición o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y el mencionado enlace racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica. Esta serie de requisitos son, precisamente, los que vienen a diferenciar la prueba indiciaria de las simples conjeturas o meras sospechas, lo que la califica como prueba susceptible de fundar una sentencia condenatoria (...)", ASENSIO MELLADO, José María. "La presunción de inocencia y prueba indiciaria". En *Proceso y Justicia*. Revista de Derecho Procesal N° 3, editada por la Asociación Civil Taller de Derecho. Lima, 2002, pág. 59.

³⁹⁷ CLIMEN DURÁN, Carlos. *La Prueba Penal*. Tomo I. Ob. cit., pág. 924.

tes o convergentes en el señalamiento de determinadas circunstancias; así, deben estar interrelacionadas, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercuten sobre las restantes, retroalimentándose mutuamente; no solo se trata además de que sean varios y convergentes, sino que no deben desvirtuarse por otros contraindicios, que arriben a otras alternativas. De esta forma, además de estar probados deben estar relacionados directamente con el hecho delictivo que constituye el *thema probandum*".⁽³⁹⁸⁾

Lo dicho significa que "la fuerza de los indicios contingentes para crear convicción en la mente de juzgador reside en su apreciación en conjunto y no en su análisis aislado. La prueba "plena" puede surgir tanto de un solo indicio necesario como de varios contingentes que equivalgan al necesario, al proyectar una gran cohesión probatoria".⁽³⁹⁹⁾

La diversidad de los indicios así como su análisis conjunto es lo que crea convicción, con ello se evita en la medida de lo fáctico y jurídicamente posible que el azar o la eventualidad de otras explicaciones lleve a otras conclusiones.

Así, es preferible que en el proceso se presenten numerosos indicios que en conjunto deben formar una regla de inferencia lógica suficientemente sólida entre los mismos y el hecho que se declare probado para fundar convicción en el órgano jurisdiccional que pretende sentenciar.

Merece precisarse que el indicio contingente no debe ser confundido con el indicio necesario, pues ambos no tienen la misma naturaleza probatoria. El indicio necesario establece convicción por sí solo, mientras que el indicio contingente permite la afirmación de otras posibles interpretaciones.

624. En conclusión, la pluralidad de indicios concordantes busca reforzar el razonamiento del poder probatorio del indicio, en tanto estamos ante explicaciones coincidentes y concordantes, excluyendo alter-

³⁹⁸ MANRIQUE SUÁREZ, Carlos, NOLASCO VALENZUELA, Jose Antonio, RAMÍREZ JULCA, Richard Omar. "Prueba indiciaria. ¿Cuál es el mínimo probatorio exigible para condenar?". <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/prueba+indiciaria&modulo=documento>. pág. 11.

³⁹⁹ ELLERO, Pietro. Citado por PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 1994, pág. 376.

nativas menos posibles o aquellas que requieran un razonamiento forzado.

3. Clases de indicios

625. En cuanto a las clases de indicios, la jurisprudencia⁽⁴⁰⁰⁾, y particularmente la doctrina representada por GORPHE⁽⁴⁰¹⁾ y en nuestro país por GARCÍA CAVERO, ha desarrollado en extenso este tema. Sin embargo, su aplicación al delito de colusión desleal es un asunto que no ha recibido la atención debida, siendo casi inexistente en la doctrina como en la jurisprudencia.

⁴⁰⁰ "Que (...) existe una concurrencia de indicios que permiten concluir que el autor del ilícito investigado es el acusado (...) entre los que cabe destacar los siguientes: a) Indicio de móvil: Concretado en la participación del acusado en el reparto del botín obtenido con el atentado criminal, que curiosamente resulta siendo proporcional a la cantidad de agentes que según él, participaron en el asalto de la camioneta de transporte de caudales de la Compañía de Transportes de Dinero y Valores PROSEGUR Sociedad Anónima, pues el acusado refiere que los asaltantes le "entregaron" la suma de cinco mil nuevos soles a fin de que no comunicara el hecho a nadie; b) Indicio de oportunidad: Pues el acusado aprovechó su condición de chofer del referido vehículo de transporte de caudales, con la finalidad de entregar este a los demás agentes; cuya identidad omite proporcionar por razones obvias; c) Indicio de mala justificación: Pues sin motivo alguno hace abandono de su centro de trabajo, no obstante aducir que nada tuvo que ver en el evento criminoso; y d) Indicio de actitud sospechosa: Pues luego de producidos los hechos el acusado no comunica ello ni a la Delegación Policial más cercana al lugar donde se produjeron los mismos y menos a la central de la compañía PROSEGUR, muy por el contrario decide marcharse a la ciudad de Trujillo e inclusive cambia de identidad valiéndose de documentos falsificados". Exp. N° 1787-98-Lima. Ejecutoria Suprema de 02 julio de 1998. En Normas Legales, Tomo 300, Trujillo, 2001, pág. A-20, A-22.

"La prueba indiciaria debe ser examinada y no simplemente enunciada, por lo que cabe analizar los siguientes indicios: *indicio de capacidad comisiva*, pues el inculcado tenía en su poder las llaves de acceso a la agencia bancaria, las llaves del vehículo y las llaves del reloj de retardo, con las que se acciona la bóveda del banco; *indicio de oportunidad*, ya que el referido acusado era quien programaba el reloj de retardo, el que normalmente operaba a las nueve de la mañana, sin embargo el reloj en esta oportunidad, fue programado para las cuatro horas con treinta minutos de la mañana, precisamente en la hora en que se producía el atentado patrimonial contra la agencia bancaria; *indicio de mala justificación*, respecto al argumento de que el reloj de retardo en la fecha del evento sufrió un desperfecto, el que resulta desvirtuado con el informe pericial, el que concluye que la caja de seguridad se encuentra en buen estado de funcionamiento; *indicio de conducta posterior*, que consiste en la simulación concertada de la privación de la libertad y acondicionamiento de "explosivo" mientras se daban a la fuga los demás agentes, lo que se acredita con la pericia forense de explosivos". R. N. Exp. N.° 4781-98-Lima.

⁴⁰¹ GORPHE, François. *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Op. cit., pág. 239.

626. La parte más difícil en el análisis probatorio de este delito, es la acreditación de las concertaciones o conciertos defraudatorios, al ser prácticas que se caracterizan por ser disimuladas o estar ocultas, por lo que la posibilidad de encontrar pruebas directas es casi imposible, ante los sofisticados métodos de ocultación y destrucción utilizados por quienes entran en los acuerdos; para ello la utilización de pruebas indiciarias y presunciones son determinantes para demostrar los convenios ilegales.
627. La regla es que en este tipo penal aparezcan medios de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto, para lo cual se debe tomar en cuenta una serie de factores que se presentan de diversos modos en cada caso en particular, por lo que el juzgador, para poder extraer inferencias que lleven a formar convicción sobre el hecho juzgado, requiere analizar todos los elementos, así como todas las hipótesis formuladas; solo así llegará a la convicción de que el ilícito existió.
628. Los acuerdos o concertaciones defraudatorias pueden ser probados esencialmente a través de tres tipos de indicios, los que a su vez agrupan un conjunto de indicios, que deben ser apreciados de manera conjunta, y que a continuación desarrollamos como suelen manifestarse. Estos son:

1) Indicios referidos a la situación previa al acuerdo defraudatorio

En este ámbito se analiza una diversidad de perspectivas que podemos estructurarla de la siguiente manera:

- i. Los indicios de capacidad de delinquir o de oportunidad personal.- Se trata de indicios que centran su atención en las personas de los participantes (autores-cómplices), a través de un análisis de la aptitud que puedan detentar en determinado momento para llevar a cabo actos ilícitos.

Como afirma GARCÍA CAVERO "son datos que no vinculan directamente al sospechoso con la realización del delito en concreto, sino que solo permiten afirmar la capacidad del sospechoso de realizarlo".⁽⁴⁰²⁾

⁴⁰² GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Editorial Alternativas, Lima 2010, pág. 47.

Para establecer este tipo de indicios debemos identificar las actitudes asumidas en el curso de la convocatoria a licitación, o en los contratos públicos, suministros, licitaciones, o en curso de la realización de los actos de otorgamiento de la buena pro.

Los indicios de capacidad requieren que el imputado tenga conocimientos específicos que le permitan, dentro del ámbito de su rol, controlar o cuando menos burlar los procedimientos administrativos de selección del proveedor, trastocando los objetivos institucionales.

Así, en el caso del funcionario público, los indicios de capacidad para delinquir se centran en el conocimiento específico de las normas, pero sobre todo en su habilidad para utilizar los vacíos o defectos de las normas para favorecer a un tercero.

En este contexto, se aprovecha de sus conocimientos y del acceso a la información privilegiada que tiene, ya sea para orientar los procedimientos a favor de sus intereses o para influir en otros, utilizando su jerarquía o corrompiendo a sus subordinados a efectos de que se emitan informes, recomendaciones u otros documentos, a partir de los cuales se pueda colocar en ventaja a un postor sobre otro.

Estos tipos de indicios pueden identificarse a partir de un conjunto de acciones que pueden ir desde aquellos actos en los que el beneficiado recibe tratamiento preferencial u obtenga ventajas no establecidas en la convocatoria, o que la decisión de favorecer a una empresa se dé en un lugar, en un tiempo o de una forma que no tenga otra finalidad que favorecer a uno de los postores en detrimento de sus competidores, etc.; en tanto estas circunstancias no forman parte del procedimiento administrativo, o que dichas actuaciones constituyan modos distintos a los estándares normativos que rigen la administración pública, estas y otras posibles irregularidades pueden sumarse para plantearse como un supuesto de utilización de habilidades físicas o aptitudes psíquicas que tienen por fin burlar los actos de control de los órganos de control o de supervisión.

- ii. Indicio de motivo.- Un motivo es una forma de causa, es la circunstancia que empuja a una persona a realizar una acción.

Este indicio se centra en responder a la pregunta del porqué de la acción.

A efectos de responder dicha pregunta debemos identificar cual es el posible móvil que impulsa a que se realice una acción u omisión.

Generalmente los móviles se presentan ya sea porque busquen obtener una ventaja, una satisfacción, una ganancia, devolver un favor; pero también pueden estar orientados a evitar un perjuicio, un mal.

Para identificar el móvil se requiere establecer los posibles nexos, vínculos o intereses comunes que puedan existir entre el funcionario con capacidad de decisión y los beneficiarios o sus representantes, los que pueden ser previos o concurrentes a las fechas en que se manifiestan los actos que determinarán la decisión de buena pro.

Así, requerimos determinar la relación directa o indirecta entre el funcionario con capacidad de decisión o con funcionarios encargados de emitir recomendaciones, informes, memorándums u otro medio del que pueda deducirse una posición favorable y el beneficiado o su representante o un tercero vinculado a este último en un contrato público, una licitación u otro, esto se puede dar a través de vínculos de amistad, tener parentesco por consanguinidad, vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable con algunos de los integrantes del órgano decisor, comité especial, etc.

Es importante examinar si el beneficiario o su representante tiene la condición de ex representante del organismo público, o que se trate de un ex funcionario del organismo público, también se admiten las situaciones de subordinación del funcionario con capacidad de decisión con el beneficiado o personas vinculadas a su persona; por ejemplo, que el beneficiado sea acreedor del funcionario con capacidad de decisión, es decir, existe una relación de acreedor-deudor o viceversa.

Incluso se admite situaciones en las cuales existe un interés de reciprocidad, como cuando el funcionario y el beneficiario

o terceras personas vinculadas a él, tienen negocios en común, son socios o cuando menos tienen intereses comunes.

Una vez establecido el contacto o relación que los vincula, podemos estar en la condición de plantear como hipótesis, si el motivo del favorecimiento es debido a un interés económico, de amistad, de subordinación u otro.

Centrando nuestra atención en el móvil económico, que suele ser el más común, debe analizarse si los beneficios que el acuerdo trae al favorecido, son de tal entidad que le permitan ganancias sustantivas, es decir, que la entidad licitante pagó mayores precios de los que el mercado ofrece y de los cuales se pueda deducir que el funcionario público obtuvo algún tipo de provecho o comisión ya sea de orden económico, o de cualquier otra naturaleza, ya se trate de una ventaja, un privilegio, o para cubrir un favor adeudado, por lo que no es necesario que el funcionario obtenga una ganancia concreta, basta la promesa de un provecho de cualquier tipo, lo que no le resta corrupción al acto de decisión.

- iii. Los indicios de participación en el delito.- Este tipo de indicios tiene por finalidad establecer la participación del funcionario en el acto de decisión, sea a través de actos de poder que pueden ser informes, oficios, requerimientos, memorándums o cualquier otro rastro o vestigio que nos permita presumir la participación de los funcionarios encargados de efectuar recomendaciones o de decidir.

Bajo esta denominación, suele identificarse un conjunto de datos fácticos relacionados con la participación del funcionario en los contratos públicos, suministros, licitaciones y otros, en los que se pueden observar circunstancias que permiten deducir vinculaciones previas con el beneficiado, como producto de conocimientos específicos, tales como la existencia de bases previas a la convocatoria, el retraso en las actuaciones administrativas o el apresuramiento en las decisiones que tengan por finalidad beneficiar a un determinado postor, la tenencia de instrumentos que permitan la realización del hecho punible, etc.

Dentro de este ámbito podemos señalar las equivocaciones de muy variadas condiciones: la estructuración de las bases

que calcen en su integridad con lo propuesto por un determinado postor o que se basen en la propuesta presentada por el postor beneficiado, la entrega de cantidades dinerarias no programadas o mayores a las establecidas en situaciones similares, o situaciones en las cuales se invita a personas o empresas inidóneas para prestar el servicio, o que se requieran que las condiciones del servicio o producto sea prestadas o distribuidas por un agente que cuente con calificaciones especiales que el beneficiario no reúne.

Estos elementos establecen la existencia de algún tipo de irregularidad que pueda servir conjuntamente con otros para afirmar la existencia de un acuerdo colusorio.

Asimismo, estos indicios se pueden manifestar a través de la desaparición u ocultamiento de documentos, informaciones o la minoración de hechos o circunstancias determinantes que ocasionen un daño efectivo y real o que generen una consecuencia cuantificable económicamente en perjuicio de la entidad licitante.

También puede producirse este tipo de indicios en el curso de las adquisiciones de bienes o servicios a un solo proveedor, sin la existencia de una convocatoria a licitación y sin que exista un supuesto de excepción que amerite tal supuesto.

2) Indicios generados al momento de celebrar el acuerdo o que reflejan la concertación

La celebración de conciertos defraudatorios suele dejar algunas huellas o elementos que pueden apreciarse desde la naturaleza misma del acuerdo; para ello se debe analizar la concreta área afectada (los bienes, productos o servicios), el objeto del acuerdo, las relaciones entre las partes a efectos de determinar la extensión de la cooperación entre los partícipes. Esto se logra examinando:

- i. La actitud sospechosa y conducta posterior.- Se trata de un conjunto de datos fácticos indubitadamente objetivos, referidos a circunstancias de tiempo, modo y lugar y de los que se busca establecer manifestaciones exteriores del individuo al que se le sindicada como posible sujeto activo del delito, a partir de apreciaciones en su conducta que devengan en

erráticas o inconsistencias ilógicas con las circunstancias del caso, tanto antes como después del acto de decisión.

De este modo, la conducta de los partícipes que se manifiestan o exteriorizan como actos distintos a los estándares normativos, y de los que resulten descuidos, errores u omisiones groseras que son constitutivos de un funcionamiento anormal del aparato organizativo, pueden revelar la existencia de un concierto defraudatorio.

Estos indicios resultan más claros cuando en el curso del acto de decisión, se incurren en actividades contrarias a los establecidos en los procedimientos administrativos; sin embargo, es posible que el acuerdo colusorio se presente como una infracción a determinadas prácticas institucionales que no están recogidas en un determinado procedimiento, así muchas veces existen prácticas que son consideradas como usos y costumbres no reguladas por la norma administrativa, pero que se manifiestan como modos de acción, es decir, manifestaciones de un ritual, en donde existe una secuencia de actuación, que no estando recogidas en una norma, son aceptadas como prácticas no escritas en los procedimientos administrativos.

Podemos hacer referencia a una serie de circunstancias en las que se produce errores en la identificación de personas, cosas, objetos, fechas; las confusiones a la hora de analizar bienes o servicios que puedan devenir en la anulación de posteriores actuaciones, la omisión de actuaciones debidas, las conductas paralelas fuera de los mecanismos de negociación, etc.

Así, también sucede con la defectuosa notificación, la falta de aviso o notificación a los otros postores de algún acto que forme parte del procedimiento, por ejemplo, la falta de citación para la apertura de sobres, el aviso en caso se requiera subsanar una omisión, la falta de convocatoria a una entrevista si esta se encuentra como programada en el procedimiento para los contratos públicos, suministros, licitaciones y otros.

También dentro de este ámbito podemos incluir decisiones que se manifiestan como arbitrarias, en tanto que con los mismos argumentos aducidos se podría haber llegado a

una decisión más favorable a la entidad licitante, esto puede apreciarse a partir de la determinación de un daño efectivo, real y no hipotético o futuro, esto último significa que no se admite calificar el daño como un mero futurible.

Un tema debatible es la utilización de las consecuencias negativas del silencio del procesado, como una excepción a la regla de la carga de la prueba, en contraposición a las posibles afectaciones a los derechos a guardar silencio y a no autoinculparse, que son manifestaciones del derecho a la defensa.

Al respecto, podemos señalar que si bien el silencio del acusado no es por sí solo suficiente para declarar la culpabilidad, nada impide tampoco que ese silencio, bajo determinadas condiciones y siempre que las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto hagan necesario una explicación de su parte, pueda servir eventualmente este silencio como elemento de corroboración de los indicios de cargo ya existentes de los que en conjunto pueda inferirse culpabilidad.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos existe una serie de sentencias donde se ha establecido que es posible otorgar valor probatorio al silencio del imputado, entre ellas tenemos el asunto *Murray vs. Reino Unido*,⁽⁴⁰³⁾ sentencia del 8 de febrero de 1996, el asunto *Ave-
rill vs. Reino Unido*⁽⁴⁰⁴⁾, sentencia de 6 de junio de 2000.

⁴⁰³ El Tribunal señala "que el derecho a guardar silencio que garantiza el artículo 6.1 del Convenio no es ciertamente un derecho absoluto. De modo que si bien el silencio del acusado no es por sí solo suficiente para declarar su culpabilidad, nada impide tampoco que ese silencio, bajo ciertas condiciones y siempre que las circunstancias concurrentes en cada caso reclamen una explicación de su parte, pueda servir eventualmente de elemento de corroboración de los elementos de cargo existentes". Asunto *Murray vs. Reino Unido*, sentencia del 8 de febrero de 1996, fundamento 47.

El Tribunal precisa en el fundamento 51 "que la posibilidad misma de extraer consecuencias desfavorables del silencio del acusado no es ninguna obligación del juez, sino una facultad que, en todo caso, debe observar unos pocos requisitos previos. En primer lugar, el acusado ha de ser advertido debidamente de las posibles consecuencias de su silencio. En segundo lugar, solo la existencia de un indicio de cargo suficientemente serio reclama del acusado una respuesta convincente, del modo que, en defecto de ese comienzo de prueba, el silencio no puede contribuir a justificar la culpabilidad, tercero, que el órgano jurisdiccional debe motivar razonadamente tanto su decisión de extraer conclusiones desfavorables del silencio del acusado como el peso que les concede".

⁴⁰⁴ "El Tribunal en esta sentencia hace hincapié en la necesidad de valorar la posibilidad de extraer consecuencias del silencio a la luz de las concretas circunstancias concurrentes

Esta posición jurisprudencial ha sido seguida por el Tribunal Constitucional español en las sentencias Nº 202/2000, 155/2002, 135/2003, 300/2005 entre otras, en las que se reconoce que el silencio es uno de los elementos que puede contribuir a reforzar la conclusión respecto de la participación del imputado en el hecho punible.

Así, el silencio del imputado puede valorarse si se presenta tres condiciones: a) el acusado ha de ser advertido de las posibles consecuencias de su silencio, b) la existencia de un indicio de prueba de cargo objetivo que reclame del acusado una respuesta o explicación convincente, de modo que, en defecto de un acto de justificación consistente, su silencio puede contribuir a justificar una posible responsabilidad penal, c) debe existir otros indicios que apunten a la culpabilidad del acusado, de forma tal que su condena no descansa exclusivamente en la valoración de su silencio, d) el órgano jurisdiccional debe motivar razonadamente su decisión sobre el peso que concede al silencio del acusado, así como las conclusiones desfavorables que extrae de la misma.

- a) **Los indicios de antecedentes.**- Se trata de un conjunto de acciones o acciones por omisión que puede observarse como actos previos a la comisión del hecho delictivo.

Así, son actos que no tienden directamente a ejecutar o consumar el delito, sino más bien a preparar las condiciones necesarias para que el delito se materialice. Dentro de este tipo de indicios encontramos:

- i. **Las manifestaciones previas.**- "Dentro del rubro de los indicios constituidos por las manifestaciones previas entran las manifestaciones o conversaciones anteriores del procesado que revelan su intención o predisposición de realizar el hecho delictivo. La manifestación de cometer el delito tiene una fuerza probatoria menor que el indicio de realización de actos preparatorios, pues no requiere de esfuerzo y la perseverancia de la preparación del

en cada caso, con particular atención a las tres siguientes: a) la naturaleza o el tipo de supuesto considerado; b) el peso concedido a la conclusión que deriva del silencio en la determinación de la culpabilidad del acusado; c) el grado de coacción presente". Asunto *Averill vs. Reino Unido*, sentencia de 6 de junio de 2000, fundamentos 44 a 48.

delito, sino que muchas veces depende de estados de ánimo pasajeros en los que hay poco espacio para reflexionar. Por tanto, no será utilizable como indicio si se trata de simples exteriorizaciones de despecho nacidas de un estado de ánimo momentáneo. Sin embargo, su valor probatorio aumenta si es que no se limita a expresar una voluntad delictiva, sino que pone de manifiesto precedentemente una forma de ejecución que se corresponde con la que finalmente fue utilizada para cometer el delito".⁽⁴⁰⁵⁾

Constituyen indicios, la existencia de reuniones o vinculaciones entre el beneficiario y los funcionarios de la entidad licitante, fuera del ámbito establecido en los procedimientos administrativos, sea que se trate de funcionarios que tengan por función la de recomendar la otorgación de la buena pro o de decidir sobre ella.

Debemos señalar que dado su alejamiento del momento de la consumación del ilícito, se trata de actos que tienen cierto contenido subjetivo en tanto se trata de meras potencialidades para la comisión del delito, por lo que se requiere el concurso de otros indicios que refuercen la posibilidad de que haya existido un acuerdo.⁽⁴⁰⁶⁾

Dentro de este contexto, la existencia de reuniones previas puede ser determinada a través de declaraciones, documentos, incluso a través de otros indicios; esto último significa que debe haber un hecho indicador del que se pueda deducir la existencia de reuniones entre los participantes, sin perjuicio de que la formación de la existencia de un acuerdo quede sujeta a la ley de las probabilidades.

Este tipo de indicios suelen vincularse con los indicios del delito en acto y que "están referidos a todos los datos vinculados con el hecho delictivo concretamente

⁴⁰⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pág. 47.

⁴⁰⁶ Al respecto, GARCÍA CAVERO nos recuerda que "pese a la fuerza indiciaria del dato de la realización de los actos preparatorios del delito, debe tenerse en cuenta que este indicio admite otras posibilidades de explicación, como sería el caso del aprovechamiento de los actos preparatorio por parte de otro". GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pág. 55.

investigado, los cuales pueden ubicarse temporalmente antes, durante o después del hecho. A partir de este criterio de temporalidad, se han diferenciado desde hace mucho los indicios antecedentes, concomitantes y subsecuentes⁴⁰⁷.

- b) **Los indicios concomitantes o de huellas del delito.**- Se trata de datos que resultan de la ejecución del hecho delictivo, y que pueden ser apreciados desde el entorno donde se produjo el delito o que pueden ser descubiertos en posesión de los beneficiarios o que se encuentran expuestos. MITTERMAIER denomina *testigos mudos* a este tipo de vestigios resultantes de la acción delictiva, que delatan o permiten inferir una responsabilidad criminal.⁴⁰⁸

Dentro de este ámbito tenemos las huellas, vestigios o elementos del delito tales como instrumentos, objetos o cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva o que sea efecto de ella, tales como documentos, dinero, bienes u otros efectos de cualquier índole hallados y que sean provenientes o vinculados a la actividad delictiva, ya sea que hayan sido entregados voluntariamente por los que lo tenían en su poder o sean encontrados.

Asimismo, tenemos los elementos materiales obtenidos mediante grabación, audio video (pública o privada), fotografías, correo electrónico, mensaje de datos, telefónico o cualquier otro medio que sirva para determinar las circunstancias reales de tiempo, modo y lugar en las que el delito se realizó.

- c) **Los indicios subsecuentes o de manifestaciones posteriores.**- Se trata de indicios que se presentan como producto de las declaraciones del investigado o de sus actitudes, dentro de las cuales tenemos: las declaraciones falsas, la imposibilidad de justificar determinadas acciones, como incrementos patrimoniales, intentos de soborno, obstrucción o entorpecimiento de la investigación, fuga inexplicable del lugar de los hechos, posesión de objetos del delito o de cosas

⁴⁰⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Ob. cit., pág. 47.

⁴⁰⁸ MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Editorial Jurídica Universitaria SA, México DF, 2002, pág. 209.

pertenecientes a la víctima del delito de las que no sea capaz de explicar razonablemente el porqué de su posesión.

Estos diversos indicios justifican el inicio o la ampliación de caminos o vías de investigación⁽⁴⁰⁹⁾, mas no son determinantes para extraer una conclusión de culpabilidad.

Así por ejemplo, el indicio de mala justificación que se encuentra referida a la falta de criterio a la hora de verter una explicación, deducida tanto de las incongruencias o poco sentido que estas tengan, o el caso de la falsa explicación, no puede tenerse como indicios únicos que prueba el hecho imputado, pues el derecho a la presunción de inocencia no exige al imputado probar su inocencia, mientras que el derecho de defensa en su garantía derecho a la no incriminación, permite al imputado no realizar actos o declaraciones que afecten su situación jurídica.

Dentro de los indicios de manifestaciones posteriores, también deben analizarse los indicios de la coartada fallida. Se trata de aquel dato que surge como producto de la versión que ofrezcan los partícipes, tales como explicaciones contradictorias, no convincentes por su inconsistencia o falsedad manifiesta desde el punto de vista de la racionalidad, de la lógica o de las reglas de experiencia, o cuando afirme la existencia de un hecho sin proponer medio de prueba o cuando menos indicios que tiendan a demostrar la versión propuesta, en estos casos los indicios pueden servir para corroborar ciertos indicios de culpabilidad.

Por tanto, "la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la car-

⁴⁰⁹ "La utilidad de estas revelaciones suele ser grande para la investigación o para reabrir la causa indebidamente archivada, siempre que no se haya producido entre tanto la prescripción del delito y de que la acción penal contra el sospechoso esté viva". VÁSQUEZ SOTELLO, José Luis. "Presunción de inocencia y prueba por indicios". En: *Investigación y prueba en el proceso penal*. GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, SANZ HERMIDA, Ágata, CABEZUDO BAJO, María, DOIG DÍAZ, Yolanda, FERREIRA, BAHAMONDE, Xuio, FUENTE SORIANO, Olga, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, Martha, GÓMEZ FRAGUELA, José Antonio, IGLESIAS CANLE, Inés C., MORA MORA, Luis Paulino, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, CHOA MONZÓN, Virtudes, PEÑIN ALEGRE, Clara, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J., PRIETO, Ángel, SOBRAL, Jorge, VÁSQUEZ SOTELLO, José Luis. Editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 75.

ga de la prueba, sí puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad".⁽⁴¹⁰⁾

Estos tipos de indicios deben ser ligados para ir desenredando y descubriendo los hechos ocultos o inciertos de los que se denote la posibilidad de que se haya tomado un acuerdo colusorio.

3) Indicios que se manifiestan en la ejecución del acuerdo

Se trata de un conjunto de indicios, que suelen ser los más evidentes, y de los cuales se debe partir para iniciar la construcción de la prueba indiciaria.

Partimos de afirmar que toda concertación tiene por objeto surtir algún efecto, esto es, busca que se genere una consecuencia concreta. Cuando esa consecuencia se puede determinar, sin que se pueda identificar el acuerdo que lo originó, entonces surge, como una posible explicación a dichas consecuencias, la existencia de un acuerdo oculto.

Un ejemplo claro es la concertación de precios entre las diversas empresas que forman parte de un grupo económico que tiene un poder en el mercado que busca de modo mediano o largo plazo ganar la licitación o contrato, mientras que a mediano o largo plazo busca mantener o incrementar su poder en un ámbito concreto del mercado, impidiendo la participación futura de potenciales competidores, coludiéndose para ello con los funcionarios públicos. Por ello no debemos de olvidar que los acuerdos colusorios tienen un efecto económico, en tanto daña sustancialmente la competencia.

Lo acotado requiere tres elementos a analizar: *primero* que todas las empresas de un grupo económico establecen un acuerdo para fijar precios, ya sea que compita entre ellas o con otros postores ajenos a su grupo corporativo; *segundo*, los funcionarios concertados con los representantes de la empresa beneficiada o terceros vinculados a ella (intermediarios o agentes corruptores)

⁴¹⁰ RTC 2005/300. Citado por RIVES SEVA, Pablo, MARCHERA GÓMEZ, Manuel, DEL MORAN GARCÍA, Antonio, MORENO VERDEJO, Jaime, LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Tomo I, Thomsom- Arazandi. Cuarta Edición, Navarra, 2008, pág. 252.

deben comunicar determinadas circunstancias, o cuando menos algunos datos que permitan a la empresa beneficiara algún tipo de ventaja sobre sus competidores; *tercero*, que esta información debe haber provenido necesariamente de la entidad licitante; *cuarto*, que como consecuencia de la información privilegiada, se obtenga la buena pro en los contratos, convenios, ajustes, etc., bastando que el precio, calidad o cantidad ofrecida por el beneficiado sea cuando menos mínimamente mayor a los ofrecidos por los otros agentes del grupo empresarial o de la competencia.

Otro ejemplo sería la estandarización de la calidad de un bien, producto o servicio, de manera paralela por todos los participantes de un grupo empresarial, que a través de diferentes empresas postulan a la licitación o convocatoria.

También debe evaluarse ciertas consecuencias son consistentes con la intención de ocultar información y que reflejan la ejecución de un acuerdo que se pretende ocultar, como podría la omisión de información pormenorizada en casos de que el producto ofrecido adolezca de alguna característica no establecida taxativamente en la licitación o convocatoria, pero que requiera de informes que deban ser formulados por alguno de los órganos técnicos o por asesores externos, en las que se deba analizar las consecuencias que tendría la adquisición del producto o servicio en el estado en que es ofrecido.

Por ejemplo, si se pretende adquirir un bien mueble o inmueble, y este es ofrecido sin ciertas características, como podrían ser que se trate de un bien usado o que le falte algún accesorio no esencial pero cuantificable económicamente o que se trate de un producto con menor rendimiento o de calidad inferior al resto de los ofrecidos, acordes a los estándares de calidad de ese producto en el mercado.

Mientras que en el caso de bienes inmuebles, que no esté terminado, y que se omita informar quien se encargará de culminar la construcción o los acabados, y cuánto representará el gasto que se deberá realizar para la culminación de la obra, etc.

La omisión respecto a problemas legales del inmueble, embargos, problemas con la titulación, de saneamiento municipal, entre otros.

Problemas constructivos, técnicos, como informes desfavorables del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI), o de la gerencia o subgerencia de Defensa Civil de la Municipalidad correspondiente y que sean acordes a lo que establezca la Ley Orgánica de Municipalidades.

Asimismo, que se omita informar que quien ofrezca el bien, producto o servicio no sea el propietario, representante legalmente autorizado o distribuidor autorizado, etc.

En síntesis, a partir de las consecuencias o efectos que se ocasiona en la entidad pública, se construye la prueba indiciaria, iniciándose la búsqueda de los otros elementos inciertos u ocultos que tenga entidad probatoria para confirmar o rechazar la hipótesis de un acuerdo colusorio.

629. Lo acotado no significa que dado el caso en concreto, los diferentes ámbitos sobre los cuales se exterioriza el acuerdo colusorio, el lugar, el tiempo, las personas que participan en ellos no concurren otros indicios u otros factores estructurales o que los propuestos y desarrollados de concurrir, puedan invertir su orden, dada las manifestaciones particulares que deben ser observadas y analizadas conforme al contexto social en las que se presenta el acuerdo oculto.

4. La motivación de la prueba indiciaria

630. El derecho a la presunción de inocencia tiene una naturaleza *iuris tantum* y exige que se abarque dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término "culpabilidad" como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal; es por ello que la motivación respecto de la estructuración de prueba indiciaria es lo más importante, porque exige justificar el nexo entre los hechos base o hecho indicador y los hechos consecuencia o hechos presuntos, exponiendo con claridad por qué un indicio es indicador de la existencia de un hecho y cómo se produce la inferencia que se obtiene de ellos hacia una determinada conclusión (si la conclusión que se obtiene es la única posible o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades en

cuestión) y cómo de esta se deduce la participación del acusado en el delito.⁽⁴¹¹⁾

631. Se requiere acreditar el cómo y por qué el hecho consecuencia es producto de la racionalidad del engarce entre el indicio y la inferencia. Así, la apreciación en conjunto entre los diversos indicios es lo que refuerza la conclusión, descartando otras explicaciones como poco probables, ante la presencia de una cadena de coincidencias que surgen espontáneamente.
632. "Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final. O si se quiere, hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido".⁽⁴¹²⁾ Se trata de una regla de aplicación exigido por el artículo 158º numeral tercero del Código Procesal Penal que sirve para establece el orden en los enlaces y la concatenación precisa que debe existir entre los hechos o indicios que lo conforman.
633. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional señala que "(...) lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos".⁽⁴¹³⁾

⁴¹¹ El Tribunal Constitucional español ha establecido de forma reiterada "que es constitucionalmente legítimo sustentar la responsabilidad penal en prueba indiciaria, aunque en este caso las exigencias de motivación cobran mayor rigor, dado que han de expresarse las pruebas de las que derivan los hechos indiciarios, que han de estar plenamente probados, y las inferencias que unen estos con los presupuestos fácticos del delito o con la declaración de su realización por el condenado (...)". STC Nº 123/2002, de fecha 20 de mayo de 2002.

⁴¹² Exp. Nº 00728-2008-PHC/TC. Lima, 13 de octubre de 2008. Asunto Llamuja Hilares. Fundamento 29.

⁴¹³ Exp. Nº 00728-2008-PHC/TC. Lima, 13 de octubre de 2008. Asunto Llamuja Hilares. Fundamento 26.

634. Por su parte, el Tribunal Constitucional español afirma que "si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios".⁽⁴¹⁴⁾
635. La prueba indiciaria se alimenta de la lógica, la ciencia y de la experiencia, esto es, de la constatación que es posible imaginar de la concatenación o enlace de un hecho antecedente y un consecuente, a través de un razonamiento conducente y pertinente que sea útil para afirmar un argumento confirmatorio que resista la verificación y análisis de cada uno de sus componentes. Es decir, que entre los indicios y las consecuencias exista una correlación coherente que descarte toda irracionalidad o arbitrariedad.
636. Las reglas de la experiencia se refieren al conocimiento del hombre común; en otras palabras, "las máximas de la experiencia, son aquellos principios abstractos conocidos y aplicados en determinada zona cultural, que sirven para verificar la prueba y que contribuyen a formar el criterio del juzgador"⁽⁴¹⁵⁾.
637. El límite de las máximas de la experiencia está en los conocimientos científicos, que pueden ser entendidos como todo aquel bagaje técnico o científico de comprobado resultado, que permite inferir al juzgador una respuesta clara respecto de lo que es objeto de prueba. De esta forma, "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligado de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (...) "Por lo tanto, las máximas de la experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos. De esta manera no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones"⁽⁴¹⁶⁾.

⁴¹⁴ STC N° 229/88, Madrid, 01 diciembre de 1988, FJ. 2.

⁴¹⁵ CÁCERES JULCA, Roberto, IPARRAGUIRRE NAVARRO, Ronald. *Código Procesal Penal Comentado*. Decreto Legislativo N° 957. Editorial Jurista Editores. Lima, 2006, pág. 449.

⁴¹⁶ STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Ob. cit., págs. 19, 22.

638. Cabe anotar que "no hay ninguna máxima de la experiencia que no sea notoria. Al no ser nunca objeto de percepción sensible son, por tanto, conocidas en la misma medida y exactamente con el mismo valor por todos aquellos que se han ocupado de su transmisión o que han comprobado y verificado la verdad de su enunciado. (...) Sin embargo, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz salto de la inducción, de aquella certeza lógica, no son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, solo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces es falsa"⁽⁴¹⁷⁾.
639. Los principios de la lógica implican un procedimiento racional que parte de lo conocido a lo desconocido, conduciendo al juez a analizar su propio pensamiento a través de la inducción⁽⁴¹⁸⁾ y obtener así la idea correcta del asunto a discusión. Se ha sostenido que la lógica aplicada al indicio es de naturaleza inductiva, es decir, a través de la relación establecida entre hechos conocidos y desconocidos, pero también sostenemos que es de naturaleza deductiva, en tanto existe un procedimiento a través del cual se establece dicha vinculación.
640. Al respecto, DEVIS ECHANDÍA afirma que "si se contemplan los hechos conocidos y la conclusión que de ellos se obtiene para dar por cierto el hecho desconocido, es indudable que la operación lógica que entonces se utiliza, es de naturaleza inductiva: de aquella se induce la existencia o inexistencia de este; desde este punto de vista, tienen razón los autores que consideran inductivo el razonamiento probatorio que acompaña a los indicios. Pero si se contempla las máximas generales de la experiencia o la regla técnica que se utiliza para el argumento probatorio, se tiene que de la generalidad y constancia de aquella se deduce el nexo o conexión que debe existir entre los hechos indiciarios y el hecho desconocido por probar, y entonces aparece una especie de razonamiento deductivo, aun cuando en el fondo es una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa, como observa DELLEPIANE, la realidad práctica es que tanto la

⁴¹⁷ STEIN, Friedrich. *Ibidem*, págs. 26, 29.

⁴¹⁸ La existencia de los elementos del tipo legal analizado debe ser inferida a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de experiencia que permitan llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas de los datos externos y objetivos acreditados (...). Acuerdo Plenario N° 3-2010, Lima, 16 de noviembre de 2010, párrafo 33.

inducción como la deducción se combinan: de la máxima general de experiencia se deduce una consecuencia aplicable al hecho indiciario que lo relaciona con el investigado; y de aquel se induce, en virtud de aquella máxima, la responsabilidad lógica del hecho que se investiga".⁽⁴¹⁹⁾

641. Las reglas de la lógica se desarrollan en dos momentos: 1) la acreditación objetiva del indicio, esto significa su determinación como un hecho ocurrido en el pasado del cual se tiene certeza de su existencia de forma incontrovertible, 2) la aplicación al indicio de las reglas de la ciencia o de la experiencia para deducir el elemento probatorio sobre otro hecho y comprobar su eficacia probatoria.
642. "En ese sentido, la construcción de la inferencia lógica que se constituye en prueba indiciaria recorre un camino muy complejo que encierra una serie de requisitos lógico-formales, lo que acentúa el deber del juzgador de motivar la resolución judicial donde decide aplicar la prueba indiciaria. (...) En conclusión, la prueba indiciaria no deja márgenes a la equivocidad, la adivinación o la mera conjetura".⁽⁴²⁰⁾
643. De lo dicho, podemos colegir que no se admiten como válidas las deducciones indiciarias contrarias a las reglas de la lógica y de la experiencia para el establecimiento de los hechos probados y aquellas que van más allá del ámbito de lo indiciario, es decir, que conducen a prescindir por completo de determinados medios probatorios, o bien a optar por otros ampliamente contradichos. De este modo, no tienen capacidad para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia las deducciones indiciarias o inferencias contrarias a las reglas de la lógica, del criterio humano o de la experiencia.

XX. CASO PRÁCTICO

644. Para precisar los alcances de la intervención delictiva creemos oportuno poner un ejemplo que nos permita establecer, desde distintos ámbitos, los criterios antes analizados al caso concreto:

"Un Consejo Directivo u órgano de decisión, perteneciente al Estado, conformado por 6 miembros, crea de modo propio un órgano inferior

⁴¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Op. cit., págs. 623, 624.

⁴²⁰ ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. *La construcción indiciaria en el proceso penal*. Ob. cit. págs. 25, 26, 30.

integrado por 3 miembros del propio Consejo Directivo especializado a efectos de que cumpla con las funciones de evaluación técnica y de recomendación.

Siendo de observar que, no existe ninguna base legal que le permita al Consejo Directivo delegar funciones de evaluación y recomendación que le son propias a este ente respecto de la contratación pública del Estado concernientes a ese sector.

Este proceder trajo como consecuencia un perjuicio al patrimonio del Estado, beneficiando económicamente a los miembros del Consejo Directivo y a las empresas contratantes, imputándose a los miembros del Consejo Directivo el delito de colusión”.

645. **Posibilidades de Ausencia de responsabilidad penal:** Frente a esta imputación los miembros del Consejo Directivo señalaron que, su regulación normativa interna les otorga la facultad de decisión sobre tales contrataciones públicas, más aún si existía un órgano inferior especializado encargado de evaluar y recomendar los contratos públicos, por tanto, su actuación decisoria se basó confiando que el órgano inferior, encargado del análisis técnico especializado, hubiera cumplido con las funciones encomendadas a su cargo.
646. De ser éste el caso, es decir, si la creación del órgano inferior se hubiera dado respetando los cánones normativos internos, así como también, que sus miembros no se encontrarían conformados por 3 personas del propio Consejo Directivo, no se podría imputar objetivamente el resultado de perjuicio patrimonial del Estado a los miembros de dicha entidad, por aplicación del “principio de confianza” y “cumplimiento del deber”.
647. El “principio de confianza”, como criterio de imputación objetiva de la conducta, evita la responsabilidad penal, manteniéndolo dentro del riesgo permitido, siempre que su comportamiento se vea manifestado en una confianza de que la actuación de los demás se realice dentro del marco normativo, es decir, en la actuación del órgano especializado. Del mismo modo, también se excluye la responsabilidad penal, siempre que la conducta se realice en el cumplimiento de un deber.
648. **Imputación penal:** Se observa que los miembros del Consejo Directivo actuaron bajo un concierto ilegal con los interesados, toda vez que crearon un órgano técnico de menor jerarquía (que no contaba con ninguna base legal) para luego amparar sus decisiones en los

informes de dicho órgano técnico especializado, el que, a su vez, se encontraba conformada por algunos miembros del propio Consejo. En tal sentido, era el propio Consejo quien tenía una doble función: evaluar y decidir la contratación pública que debía realizarse. Desde tales circunstancias, se tiene la responsabilidad penal de los miembros del Consejo Directivo como coautores del delito de colusión, y los interesados en calidad de cómplices primarios.

649. En este sentido, no resultan aplicables los criterios de "principio de confianza" y "cumplimiento del deber". La actuación del Consejo Directivo en concierto ilegal con los interesados creó un riesgo no prohibido, ocasionando un perjuicio al patrimonio del Estado.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Palestra, Lima, 2003.
2. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. "Garantismo y proceso penal". En Garantismo y Derecho Penal. Coordinador Sotomayor Acosta, Juan Oberto. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2006.
3. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956.
4. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. "Efectos y requisitos de la prescripción de la pena". En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 2, agosto, Lima, 2009, Gaceta Jurídica.
5. ARANA MORALES, William. "De la excepción de naturaleza de acción a la excepción de improcedencia de acción en el proceso penal peruano". Actualidad Jurídica, Tomo 152, Lima, 2006.
6. ARANGUENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español. Editorial J. M Bosch Editor, Barcelona, 1991.
7. ASECIO MELLADO, José María. "*La presunción de inocencia y prueba indiciaria*". En Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal N.º 3, editada por la Asociación Civil Taller de Derecho. Lima, 2000.
8. ALCÓCER POVIS, Eduardo. "Problemas interpretativos de la Prescripción como causa de Extinción de la Acción Penal". En: conversatorio en torno a los temas que se debatirán en el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema. Instituto de Ciencias Procesales. www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=366
9. BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho penal, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002.

10. BAIGUN/BISCAY. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica en BAIGUN/GARCÍA RIVAS (Directores). Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.
11. BAIGUN. Los delitos de peligro y la prueba del dolo. B de F, 2007.
12. BAUMANN, Jünger. Derecho procesal penal. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1986.
13. BARBOSA MOREIRA, J. C. "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba". En Temas de *Direito processual*, Terceira Série. Editorial Saraíva, São Paulo, 1989.
14. BATISTA, Nilo. Concurso de agentes, 4ª Edición, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
15. BERIZONCE, Roberto Omar. "Fin social del proceso y la importancia de los hechos". En Los hechos en el proceso civil. Director MORELLO, Augusto M. VVAA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003.
16. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; GARCÍA RIVAS, Nicolás. Lecciones de Derecho penal. Editorial Praxis, Barcelona, 1999.
17. BOCKELMANN/VOLK. Direito penal. Parte geral, (Trad. De Oliveira Mendes), Editora del Rey, 2007, Belo Horizonte
18. BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,250,0,0,1,0>
19. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de derecho penal. Parte general. Tercera Edición, Editorial EDDILI, 2005.
20. BALLBÉ MALLOL, Manuel y PADRÓS REIG, Carlos. La prejudicialidad administrativa en el proceso penal. Editorial THOMSON-CIVITAS, Madrid, 2004.
21. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La audiencia de tutela de derechos del imputado". Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 21, marzo, 2011. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
22. BINDER, Alberto. "La Fase Intermedia. Control de la Investigación". <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-categoria&id=8>
23. BELLOCH JULBE, Juan Alberto. "La prueba indiciaria". En: La Sentencia penal. AA.VV. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
24. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Editorial ARA, Lima, 2004.

25. CÁCERES JULCA, Roberto, IPARRAGUIRE NAVARRO, Ronald. I Código Procesal Penal Comentado. Decreto Legislativo N.º 957. Editorial Jurista Editores. Lima, 2006.
26. CAROCCA PÉREZ, Alex. Manual del nuevo sistema procesal penal. 3º Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.
27. CASTILLO ALVA, José Luis, Jurisprudencia penal, Tomo 1, 2,3. Editorial Grijley, Lima, 2006.
28. CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4º Edición ampliada por Ana María CABANELLAS. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992.
29. CALDERÓN CEREZO, A, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Derecho Procesal Penal. 2º Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
30. CASTRO CUENCA, Carlos. Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario, Buenos Aires, 2009.
31. CERLETTI, Marco L.; FOLGUEIRO, Hernán. El Ministerio Público en el proceso penal. Editorial Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2003.
32. CAFFERATA NORES, José Ignacio y HAIRABEDIÁN, Maximiliano. La prueba en el Proceso Penal. "Con Especial Referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba". Lexis Nexis Argentina S.A. Sexta Edición. Buenos Aires, 2008.
33. CHÁVEZ LUNA, José Luís. "Indicio, valoración indiciaria de la prueba y proceso penal peruano". Revista Dialogo con la jurisprudencia N.º 83, agosto 2005. Año 11. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
34. CLARIÁ OLMEDO, Jorge. "La excepción procesal". Revista de Estudios Procesal de Rosario. Año VII, Nº 26.
35. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
36. CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general, 3º Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
37. CREUS, Carlos. Derecho procesal penal. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
38. CREUS, Carlos. Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad, Inadmisibilidad, inexistencia. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1995.
39. COUTURE, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pruebas en Materia Civil. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1949.

40. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El proceso penal. Teoría y práctica. Quinta Edición. Palestra Editores, Lima, 2000.
41. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Parte General, 2° Edición, Lumen Juris, Curitiba, 2007.
42. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Derecho penal. Parte general, 3° Edición, Tirant lo blach, Valencia, 1990.
43. COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Tomo II, Biografías Ediciones, México DC, 1964.
44. COLOMER HERNANDEZ, Ignacio. La Motivación de las Sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
45. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. Tipicidad e imputación objetiva. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
46. DEL OLMO, José Antonio. Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal. Editorial Trivum SA, Madrid, 1999.
47. DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio. ARA Editores, Lima, 2010.
48. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. De la excepción. En Revista Jurídica N° 12, Bogotá, octubre de 1947.
49. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la Prueba Judicial. Tomo II. Editorial Víctor P. De Zavallia, Buenos Aires, 1981.
50. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Pruebas Judiciales. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984.
51. DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba. 9° Edición, Temis, Bogotá, 1989.
52. DE LA CRUZ ESPEJO, Marcos. Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano, Tercera Edición, FECAT, Lima, 2003.
53. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La teoría de la prueba indiciaria". En <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>
54. DONNA. Teoría del delito y de la pena (imputación delictiva). Astrea, Buenos Aires, 1995.
55. ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. "La construcción indiciaria en el proceso penal". Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Concurso para Abogados jóvenes. Azul, 2007.
56. ELLERO, Pietro. Citado por PABÓN GÓMEZ, Germán. Lógica del indicio en materia criminal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 1994.
57. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría general del Derecho procesal. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992.

58. FALCÓN, Enrique M. "La Narración y la Descripción de los Hechos en la Demanda". En Los hechos en el proceso civil. Director MORELLO, Augusto M. VVAA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003.
59. FALCÓN, Enrique M. "El sistema y las nulidades". En: Revista de Derecho Procesal 2007-1 Nulidades. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
60. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y Presunción de Inocencia. Editorial IUSTEL, Madrid, 2005.
61. FERMÍN GARROTE, Ángel. "Los actos jurídicos procesales". En Estudios de nulidades procesales. VVAA. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1980.
62. FERREIRA, Francisco. Delitos contra la administración pública, 3º Edición Temis, Bogotá, 1995.
63. FIGUEIREDO DIAS. O "Direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional en Bastos de Pinho/De Melo Gomes (Organizadores). Direito penal e democracia, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2010.
64. GARCIA AMADO, Juan. La Filosofía del Derecho de HABERMAS y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
65. GARCIA CAVERO, Percy, CASTILLO ALVA, José. El delito de colusión, Grijley. Lima 2008.
66. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal, Editorial Grijley, 2008.
67. GARCÍA CAVERO, Percy. La prueba por indicios en el proceso penal. Editorial Alternativas, Lima 2010.
68. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de derecho procesal penal, EDDILI. Lima, 1984.
69. GORPHE, Francois. Apreciación Judicial de las Pruebas. Ensayo de un Método Técnico. Segunda reimpresión de la primera edición. Editorial Themis S. A. Santa Fe de Bogotá, 1998.
70. GONZÁLES LLACA, Edmundo. La corrupción. Patología colectiva. Instituto Nacional de Administración Pública AC, México DC, 2005.
71. GONZALES LAGIER, Daniel. "*Quaestio facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción". Materiales de lectura del Curso de Postgrado en Derecho. Título de Especialista en Argumentación Jurídica I. Universidad de Alicante, 2º Edición mayo- octubre 2005. Director Manuel Atienza.
72. GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras Leyes. GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras Leyes. CONDE-PUMPIDO, Cándido, DÍAZ MARTÍNEZ, Pilar, BARRA DE JESUS, Eladio, GONZALES CAMPOS, Eleuterio, GUTIÉRREZ, María de los Ángeles, GUTIÉRREZ CARBONELL, Miguel, GUTIÉRREZ ORTEGA, Ana, HERNÁNDEZ HERNANDEZ, Alberto, LUZÓN CUESTA, Manuel, MARCHE-

- NA GOMEZ, JOSÉ, PUYOL MONTERO, RODRIGUEZ SOL, LUIS. Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
73. GORDILLO, Agustín Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, Séptima edición, Páginas XIV-8 a XIV-9, Ara Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003.
74. GUERRA CERRÓN, María Elena. "Los alcances de la excepción de cosa juzgada". En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 120, septiembre, Tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
75. GOMEZ MENDEZ, Alonso y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos. Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código penal de 2000, 2° Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
76. GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema 1993-1996. Tomo II. Editorial IDEMSA, Lima, 1997.
77. GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, SANZ HERMIDA, Ágata, CABEZUDO, BAJO, María, DOIG, DÍAZ, Yolanda, FERREIRA, BAAMONDE, Xuio, FUENTE SORIANO, Olga, GÓMEZ DE LIAÑO, FONSECA, Martha, GÓMEZ FRAGUELA, Jose Antonio, IGLESIAS, CANLE, Inés C, MORA MORA, Luis Paulino, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, CHOA MONZÓN, Virtudes, PEÑIN ALEGRE, Clara, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J, PRIETO, Ángel, SOBRAL, Jorge, VÁSQUEZ SOTELO, Jose Luis. Investigación y prueba en el proceso penal. Editorial Colex, Madrid, 2006.
78. GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal? En *Estudios de Derecho Penal*, Romeo Casabona, Carlos (Director). Comares, 2000.
79. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Editorial COLEX, Madrid, 2006.
80. GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO, Cándido; GARBERI LLOBREGAT, José. Los Procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia. Tomo I. Editorial José María Bosch. Barcelona, 2000.
81. JAUCHEN, Eduardo. M. Tratado de la prueba en materia penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004.
82. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Teoría del delito, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2003.
83. KAMINKER, Mario. "Hechos, el adagio iura novit curia y la congruencia". Director MORELLO, Augusto M. VV. AA. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires, 2003.
84. HIRSCH. Peligro y peligrosidad (Trad. Sola Reche) en ADPCP, 1996.
85. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Las obligaciones básicas de los jueces. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Barcelona, 2005.

86. HUGO ALVAREZ, Jorge. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
87. HURTADO POZO, José. El Ministerio Público. Editorial EDDILI S.A. Lima, 1984.
88. JAKOBS, GÜNTHER. Derecho penal. Parte general, (Trad. Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo) Marcial Pons, Madrid, 1995.
89. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general, 1993.
90. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Aranzadi, 2ª Edición, Valencia, 2000.
91. MARTINEZ ARRIETA, Andrés en CONDE-PUMPIDO Tourón (Director). Comentarios al Código Penal. Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007.
92. MAIER, Julio B. Derecho procesal penal, Tomo I. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.
93. MARTICORENA COLLANTES, Omar Hugo. "La individualización de los efectos de la prescripción penal". Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 3, Setiembre, 2009, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
94. MANRIQUE SUAREZ, Carlos, NOLASCO VALENZUELA, Jose Antonio, RAMIREZ JULCA, Richard Omar. "Prueba indiciaria. ¿Cuál es el mínimo probatorio exigible para condenar?". <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/prueba+indiciaria&modulo=documento>
95. MARTÍNEZ ARRIETA, Francisco. "La prueba indiciaria". En "La prueba en el proceso penal". Centro de Estudios Judiciales. Curso Nº 12, Madrid, 1993.
96. MANFRONI, Carlos. La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
97. MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Jurídica Universitaria SA, México DF, 2002.
98. MIXÁN MASS, Florencio. Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal. Segunda Edición, Ediciones BLG, Trujillo, 2000.
99. MIXÁN MASS, Florencio. Prueba Indiciaria. Carga de la Prueba. Ediciones BLG. Trujillo, 1992.
100. MOLINA ARRUBLA, Carlos. Delitos contra la administración pública. Editorial Leyer, 3ª edición, Bogotá, 2000.
101. MONTERO AROCA, Juan. Proceso penal y libertad. Editorial Aranzadi. Navarra, 2008.
102. MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1997.
103. MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal. JM BOSCH, Madrid, 2000.

104. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.
105. MOTOKO HYRAYAMA [El poder ilustrativo de la teoría del delito de infracción del deber, en Montealegre Lynett/Caro Jhon (Editores). El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Homenaje a GÜNTHER JAKOBS, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
106. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito, Editorial Temis, Bogotá, 2004.
107. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte general, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
108. MORENO CATENA, Víctor; COQUILLAT VICENTE, Ángela; DE DIEGO DÍEZ, Alfredo; JUANES PRECES, Ángel; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio. El proceso penal. Volumen I, II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
109. NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl. Código procesal penal de la nación. Análisis doctrina y jurisprudencia. Volumen 1, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, 2006.
110. NEUMAN, Elías. La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los derechos humanos en Baigún/ZAFFARONI (at el) [Coordinadores]. De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
111. NEUMANN F. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, traducción de G. Sivi-
ni, Il Mulino, Bolonia, 1973.
112. NOGUERA RAMOS, Iván. Tratado de los medios de defensa en el derecho pro-
cesal penal. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
113. PALACIOS, Lino Enrique. La prueba en el proceso penal. Editorial Abeledo
Perrot, Buenos Aires, 2000.
114. PASTOR ALCOY, Francisco. Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y
Presunción de Inocencia". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
115. PANTA CUEVA, David. "Comentarios a la Ley N° 29703 que modificó los deli-
tos cometidos por funcionarios públicos". Gaceta Penal & Procesal, Tomo
N° 24, Junio 2011
116. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la
parte general, Tercera Edición, Editorial Grijley, 1997.
117. PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de Medidas Cautelares Penales.
Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
118. ORE SOSA, Eduardo. "La Ley N° 29703 y la reforma de algunos delitos contra
la administración pública". Gaceta Penal & Procesal, Tomo 24, Junio 2011

119. RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal. Jose María Bosch editor, 1999, Barcelona.
120. RAMOS HERREDIA, Carlos. El rol del Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal. Estudios y Jurisprudencia. Fondo Editorial USMP, Lima, 2010.
121. RIGHI, Esteban. De las penas. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
122. RIVES SEVA, Antonio Pablo. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Aranzadi. 2º Edición. Navarra, 1996.
123. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, Grijley, 4º Edición, Lima, 2007.
124. ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal patrimonial 1998-2000, Editorial Grijley, Lima, 2000.
125. ROSAS YATACO, Jorge. "Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal". Vox Iudex. Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año II, N° 3, Trujillo, octubre 2009.
126. ROJJASI PELA, Carmen. Ejecutorias Supremas Penales, 1993-1996, Legrima, Lima, 1997.
127. RIVES SEVA, Pablo, MARCHERA GÓMEZ, Manuel, DEL MORAN GARCÍA, Antonio, MORENO VERDEJO, Jaime, LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Tomo I, Thomsom- Aranzadi. Cuarta Edición, Navarra, 2008.
128. ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal, (Trad. Enrique Bacigalupo) Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.
129. REGIS PRADO, Luiz. Bem Jurídico-Penal e Constituição, 4º Edición, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2009.
130. REYNA ALFARO, Luís Miguel. Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal. Editorial Grijley. Lima, 2008.
131. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La garantía del "*ne bis in idem*" en el ordenamiento jurídico penal. Editorial Jurista Editores, Lima, 2006.
132. ROSAS YATACO, Jorge. Derecho procesal penal. Jurista Editores, 2005.
133. ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? en La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007.
134. ROXIN. Derecho penal. Parte general, (Traducción Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.
135. ROXIN. Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal, (Trad. Joaquín Contreras y Serrano González de Murillo) Editorial Marcial Pons, Séptima Edición, Madrid, 2000.

136. RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal, en SCHÖNEMANN, Bernd (Compilador). El Sistema moderno del Derecho penal (Estudios en Honor de Claus Roxin), Tecnos, Madrid, 1991.
137. SAN MARTÍN CASTRO, César. "Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria". Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 146, Lima, enero 2006.
138. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Palestra Editores, Lima, 2006.
139. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Segunda Edición, Tomo I, Editorial Grijley, Lima 2006.
140. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. "Correlación y desvinculación en el proceso penal. Derecho procesal penal". III Congreso Internacional 2005. Universidad de Lima.
141. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de derecho procesal penal. Editorial IDEM-SA, Lima, 2004.
142. STEIN, Friedrich. El Conocimiento Privado del Juez. Editorial Temis. S. A. Bogotá, 1999.
143. SILVA SÁNCHEZ, José María. Estudios de Derecho penal, Editorial Grijley, Lima, 2000.
144. SCHLÖTER, Ellen. Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
145. SERRANO GOMEZ, Alfonso. Derecho penal. Parte especial. 7ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
146. SCHÖNEMANN. Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro en RDP, DONNA, Edgardo (Director), 2006.
147. ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de derecho procesal penal. Editorial Alternativas, Lima, 1993.
148. ORE GUARDIA, Arsenio. "Las Medidas Cautelares Personales". Justicia Constitucional. En: Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 3, enero-junio, Lima, 2006, Palestra Editores.
149. PAZ RUBIO / COVIAN REGALES en Beneytez Merino (at el). Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III. Editorial EDIGRAFOS, Madrid, 1997.
150. PEREZ ALONSO. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998.

151. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Delitos contra la administración pública (VIII) en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). Curso de Derecho penal español. Parte especial. Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1997.
152. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.
153. PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
154. LLORENTE FERNANDEZ. Delitos contra la administración pública, contra la administración de justicia, y contra la constitución. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
155. TAVARES, Juarez. Bien jurídico y función en derecho penal, (Traducción Mónica Cuñarro), Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
156. URTECHO BENITES, Santos Eugenio. Los medios de defensa técnicos y el nuevo proceso penal peruano. IDEMSA. Lima, 2007.
157. VIRGOLINI, Julio. Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del derecho en BAIGUN/ GARCÍA RIVAS (Directores). Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.
158. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal. Parte general. Editorial Temis, Bogotá, 2002.
159. VILLA STEIN. Derecho Penal. Parte general, Editorial Grijley, Lima, 2008.
160. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general. Editorial Grijley, 2009.
161. ZAFFARONI/BATISTA. Direito Penal Brasileiro – I, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2003.
162. ZINNY, Jorge Horacio. "El Concepto de Debido Proceso". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2008, pág. 10. http://www.egacal.com/upload/2008_ZinnyJorge.pdf
163. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal. Parte general, Editorial Ediar. Buenos Aires, 2000.

