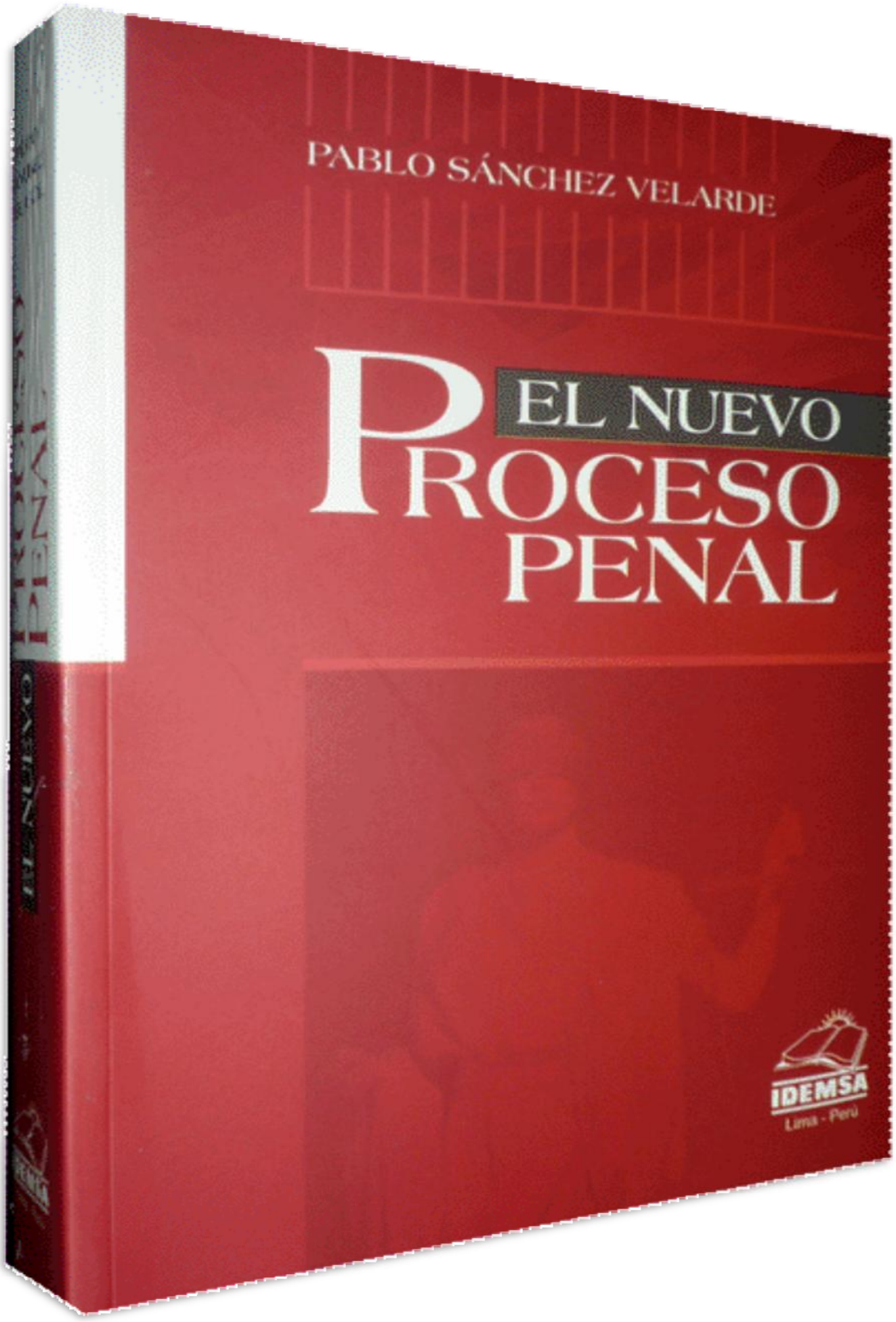
PABLO SÁNCHEZ VELARDE
EL NUEVO
PROCESO
PENAL
IDEMSA
Lima - Perú

PABLO SÁNCHEZ VELARDE
Catedrático de la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

EL NUEVO PROCESO PENAL

IDEMSA

Lima - Perú

EL NUEVO PROCESO PENAL

Primera Edición: Lima - abril de 2009
Derechos reservados conforme a ley

© IDEMSA
Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

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

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° 2009-04557
ISBN: 978-612-4037-02-3
Ejemplares: 1500

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 nuestro Profesor Juan Montero Aroca
por sus enseñanzas y consejos.

A mis alumnos de Derecho Procesal Penal.

PRÓLOGO

Después de los primeros años de puesta en vigencia del nuevo código procesal penal, nos permitimos presentar un segundo texto sobre esta materia a fin de poder expresar nuestro análisis y comentarios a la luz de las primeras experiencias e interpretaciones que se realizan en torno a la nueva forma de investigar e impartir justicia en nuestro país.

El nuevo proceso penal constituye uno de los instrumentos jurídicos más importantes que se ha creado en al legislación peruana en los últimas décadas. Su texto normativo está a la altura de los mejores códigos existentes en el derecho procesal moderno y ciertamente revoluciona la justicia penal en nuestro país. Ello exige a los juristas y docentes universitarios, y sobre todo al suscrito, a analizar el nuevo código y toda su regulación normativa así como a la doctrina y jurisprudencia, con la finalidad de presentar a la comunidad estudiosa cual es la filosofía del nuevo proceso penal, las características de sus instituciones y las nuevas formas de procedimiento, dentro de un marco constitucional, académico y crítico.

Nos encontramos ante una legislación procesal penal ágil, dinámica, rodeada de principios y garantías en los procedimientos que regula, principios y derechos a favor del imputado y de la víctima. Define con claridad las etapas de investigación a cargo del Fiscal como la de juzgamiento, previa fase de filtro o etapa intermedia, a cargo de los Jueces.

La tarea de investigación preliminar y preparatoria bajo la dirección del Fiscal hace de dicha autoridad la única encargada de la persecución penal pública, bajo principios y garantías preestablecidas y dentro del marco de defensa de la legalidad y respeto a los derechos fundamen-

tales de la persona. Su independencia e imparcialidad, la objetividad y la inmediación en la investigación, son los principios rectores de su actuación, además de considerar que la nueva legislación procesal permite construir un nuevo enfoque del trabajo del Ministerio Público bajo un modelo corporativo que le da mas agilidad a la función fiscal y posibilita el trabajo en equipo en aquellos casos considerados complejos. En la misma línea funcional, el Fiscal inicia la investigación del delito y participa activamente en todo el proceso penal, lo que le permite un mayor conocimiento del caso y la adopción de la mejor decisión: pedir el sobreseimiento o acusar, ésta última posibilidad, a su vez, le crea las mejores condiciones para sustentar su acusación en el juicio oral. Entonces, su nuevo rol resulta de suma trascendencia en el nuevo proceso penal.

La labor jurisdiccional se diferencia sustancialmente del sistema procedimental anterior. Se crea un juez penal que controla la investigación fiscal, decide el apersonamiento de las partes y la posible afectación de los derechos fundamentales de la persona: que es el Juez de la Investigación Preparatoria, quien, además de dictar todas las medidas de coerción personal, real y patrimonial -previa audiencia y escuchando a las partes-, toma la decisión de pasar o no a la fase del juzgamiento en la llamada etapa intermedia del proceso, donde, igualmente, dirige la Audiencia Preliminar, escucha al Fiscal y las otras partes y toma la decisión jurisdiccional dictando la resolución que corresponda. La nueva ley prevé que el juicio oral se realice bajo la dirección de otro órgano jurisdiccional que puede ser unipersonal o colegiado, según la gravedad de la infracción, quién va a conocer del caso, dirigir la actuación de las pruebas, escucha los alegatos y dicta la sentencia. También debe resaltarse la creación del juicio de apelación en segunda instancia, bajo la dirección del juez que preside de la Sala Superior, con intervención del Fiscal Superior y la Defensa, audiencia donde se podrán actuar nuevamente las pruebas, escuchar al imputado y dictar sentencia definitiva. El caso sólo puede ser objeto de conocimiento por la Corte Suprema vía Recurso de Casación.

El derecho de defensa en el nuevo proceso penal es muy amplio. Desde la perspectiva de la defensa del imputado, el nuevo código le otorga mayor intervención desde la investigación preliminar, ofreciendo pruebas, participando de las diligencias que son propias de dicha fase, solicitando al juez la variación de las medidas de coerción impuestas e informando

oralmente en las audiencias previas ante el juez, solicitando la aplicación de mecanismos de simplificación de procesos y supuestos expresos de oportunidad, o de otros medios de defensa técnicos, interviniendo en la fase intermedia del proceso, incluso, pudiendo lograr en dicho estadio, el sobreseimiento de la causa; además, interviene activa y directamente en el análisis de prueba en el juicio oral, formula alegatos, pudiendo continuar con su pretensión defensiva en la nueva audiencia de apelación e incluso, ir en casación ante la Sala Penal Suprema. En el mismo sentido, la defensa de la víctima tiene derecho a intervenir y ser escuchado durante todo el proceso penal ante el fiscal y juez competentes, e incluso, se posibilita que el agraviado mismo, sin haberse constituido en actor civil y en casos preestablecidos, sea escuchado por la autoridad judicial.

Insistimos que el éxito de la aplicación del nuevo código procesal depende, sustancialmente, de la preparación y la capacitación que reciban las autoridades judiciales, la defensa pública y la policía encargada de prestar apoyo al Fiscal. Por su parte la defensa particular –sobre todo los colegios profesionales que los agrupa- deberá ampliar sus esfuerzos para alcanzar los estándares adecuados para intervenir y cumplir debidamente su función. La experiencia nos está demostrando que en la línea de interpretación y aplicación de la nueva legislación se requiere que las autoridades y personas que intervienen avancen en paralelo o a una misma velocidad, de allí que sea de mucha importancia el apoyo de las instituciones comprometidas en el proceso de reforma de la justicia penal, sobre todo en el ámbito de la capacitación y de sus necesidades logísticas.

Debo expresar a la comunidad jurídica, que entregamos el presente libro, con el único afán docente de contribuir a la mejor interpretación de las disposiciones del nuevo código procesal penal a la luz de la experiencia y de los casos prácticos que se están presentando en su aplicación progresiva. De allí nuestro agradecimiento a los fiscales, jueces, abogados y a mis alumnos, por sus observaciones, ideas y comentarios, los mismos que han sido de mucha utilidad en la elaboración de esta obra.

Lima, marzo de 2009.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 7

CAPÍTULO I
CONCEPTOS GENERALES

I. Estructura del nuevo proceso penal 27
1. Nueva dinámica del proceso penal 27
2. Las etapas del proceso penal 29
3. La nueva organización Fiscal 30
4. La nueva organización jurisdiccional. 32
II. Jurisdicción y competencia 36
1. Concepto 36
2. Características 38
3. Relaciones con otras disciplinas 38
4. La jurisdicción. 39
4.1. Características 41
4.2. Jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar 44
5. La competencia 46
5.1. Criterios de determinación 47
5.2. Competencia objetiva y funcional 48
5.3. Competencia territorial 51
5.4. Competencia por conexión 54
5.5. Cuestiones de competencia 56
5.6. Acumulación y desacumulación de casos 59
6. La inhibición y la recusación 60
6.1. La inhibición 51
6.2. La recusación 64

III. Sujetos procesales 66
1. Introducción 66
2. El Juez Penal 67
2.1. La intervención del juez en el proceso penal ordinario 68
2.2. Etapas del proceso penal y las funciones del Juez Penal 69
3. El Ministerio Público 71
3.1. Diseño constitucional 71
3.2. Principios que orientan su actividad 72
4. El imputado y su defensa 76
4.1. Concepto 76
4.2. Derecho de defensa. Manifestaciones 77
4.3. Abogado defensor. Derechos 79
5. Las personas jurídicas 80
6. La víctima. El agraviado y el actor civil 81
7. El querellante particular 83
8. El tercero civil 84

CAPÍTULO II
LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y PREPARATORIA

I. Investigación preliminar 89
1. Cuestiones preliminares 89
2. Régimen de la denuncia 90
3. Rol del Ministerio Público y la policía 92
3.1. Rol del Ministerio Público 92
3.2. Rol de la policía 94
3.3. Coordinación Ministerio Público y policía 99
4. Diligencias propias de la Investigación Preliminar 100
4.1. Declaraciones policiales 101
4.2. Pericias 102
4.3. Actas policiales 104
5. El Informe Policial 105

6. Intervención judicial y medidas coercitivas personales..... 106
7. Intervención de la defensa 107
8. El plazo de la investigación preliminar 108
9. Las posibilidades de decisión del Fiscal investigador..... 110
10. Prohibición de nueva denuncia..... 112
11. El principio de oportunidad 113

II. La investigación preparatoria 122
1. Ideas preliminares 122
2. El Ministerio Público continúa con la investigación 123
3. Líneas rectoras de la investigación preparatoria 124
4. Finalidad, características y efectos de la Investigación Preparatoria 126
4.1. Finalidad..... 126
4.2. Características..... 126
4.3. Efectos..... 127
5. Formalización y continuación de la investigación 128
5.1. Presupuestos 128
5.2. Contenido de la disposición Fiscal..... 130
6. La función del Juez de la Investigación Preparatoria 131
7. Las principales diligencias..... 132
7.1. La declaración del imputado...... 132
7.2. La declaración de los testigos..... 135
7.3. El examen del testigo 135
7.4. La declaración del agraviado..... 139
7.5. La pericia..... 139
7.6. El careo 143
7.7. Los documentos..... 144
7.8. El reconocimiento de personas..... 145
7.9. La inspección judicial y la reconstrucción 146
7.10. Las diligencias especiales..... 148
8. Actos especiales de investigación..... 151
8.1. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos 151
8.2. El agente encubierto 152
9. Plazo de la investigación preparatoria 152

CAPÍTULO III
LA ETAPA INTERMEDIA Y EL JUZGAMIENTO

I. La etapa intermedia del proceso penal 157
1. Naturaleza jurídica 157
2. La Acusación Fiscal 158
2.1. Contenido de la acusación Fiscal 159
2.2. Características complementarias 162
2.3. Esquema formal de la acusación escrita o requerimiento de acusación 163
2.4. Trámite del requerimiento acusatorio 164
3. La audiencia de control de la acusación 167
4. El sobreseimiento del proceso. La audiencia de control 170
5. La interposición de nuevos medios de defensa 172
6. El control de las pruebas para el juicio oral 173
7. El auto de enjuiciamiento 173
8. Duración de la Etapa Intermedia 174
II. La fase de juzgamiento 175
1. Principios rectores del juicio oral 176
2. Características principales 179
3. Actos previos e iniciales del juicio oral 180
III. Desarrollo del juicio oral 183
1. La conclusión anticipada del juicio oral 183
2. La admisión de nueva prueba en el juicio oral 184
3. Posibilidad de ampliación de cargos de la incriminación 185
4. El orden en el examen de la prueba 186
5. El examen del acusado 187
6. El examen de testigos y peritos 188
7. El examen de la prueba material 190
8. La oralización de la prueba documental 191
9. La prueba de oficio 193
10. Los alegatos finales 194
IV. Técnicas de intervención oral 196
1. Introducción 196

2. Teoría del caso. Concepto 197
3. Importancia y utilidad 198
4. Características 199
5. Construcción de la teoría del caso 200
6. Estrategias para la comunicación. Las técnicas de intervención oral 201
7. El alegato de apertura 201
8. El examen o interrogatorio directo 202
9. El contraexamen o contrainterrogatorio 205
10. Las objeciones 207
11. El alegato de clausura 208

V. La sentencia penal 211
1. Características principales de la sentencia 211
2. La sentencia absolutoria 214
3. La sentencia condenatoria 215
4. La impugnación 216

VI. La ejecución de la sentencia 217
1. Órganos encargados de la ejecución de las sentencias 217
2. Características importantes de la ejecución penal 217
3. La ejecución civil 218

CAPÍTULO IV
LA PRUEBA

I. Aspectos generales 223
1. Concepto de prueba 224
2. Marco constitucional 225
3. Principios que rigen la actividad probatoria 226
4. Conceptos previos: medio, fuente y órgano de prueba 230
5. Objeto de prueba 231
6. Excepciones a la práctica de prueba en juicio oral 233
6.1. La prueba anticipada 233
6.2. La prueba preconstituida 236
7. La prueba prohibida 237
8. Los actos de investigación y los actos de prueba. Diferencias 242

II. Medios de prueba en particular 244
1. La confesión judicial 244
1.1. Características 246
1.2. Confesión sincera y espontanea 247
1.3. La retractación de la confesión 248
2. Prueba testimonial 248
2.1. El testimonio 249
2.2. Características del testimonio 250
2.3. Clases de testigos 252
2.4. Obligación de testimoniar 253
2.5. No obligatoriedad del testimonio 255
3. El careo 257
3.1. Naturaleza Jurídica 257
3.2. Características del careo 258
4. La prueba pericial 259
4.1. Concepto 259
4.2. El perito 260
4.3. El informe pericial 262
4.4. Examen pericial 263
5. La prueba documental 263
5.1. Concepto 263
5.2. El documento como objeto y medio de prueba 264
5.3. Clases de documentos 265
5.4. Obligatoriedad de presentar, exhibir o permitir el conocimiento de documentos. Orden de incautación 267
5.5. Reconocimiento de documentos 267
5.6. Otras características 267
III. La valoración de la prueba 268
1. Concepto básico 268
2. Sistemas de valoración de la prueba 269
3. La valoración de la prueba y el *in dubio pro reo* 270
4. Reglas a observar en la valoración de la prueba 272
5. Criterios particulares de valoración 272

5.1. Valoración de la declaración de testigos de referencia, de arrepentidos o colaboradores 273
5.2. Valoración de la prueba indiciaria 273

CAPÍTULO V
BÚSQUEDA DE PRUEBA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

I. Aspectos generales 283
1. Introducción 283
2. Concepto 284
3. Principios 284
3.1. Principio de legalidad 285
3.2. Principio de suficiencia indiciaria 285
3.3. Principio de jurisdiccionalidad 285
3.4. Principio de motivación 286
3.5. Principio de proporcionalidad 286
II. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos en particular 287
1. Control de identidad policial 287
1.1. Concepto 288
1.2. Reglas en el desarrollo de esta medida 289
1.3. Intervención fiscal 291
1.4. Controles policiales públicos en delitos graves 293
2. La video vigilancia 294
2.1. Concepto 294
2.2. Ámbito de aplicación 295
2.3. Ejecución 295
2.4. Intervención Fiscal 296
3. Las pesquisas, la retención y el registro de personas 297
3.1. Las pesquisas 297
3.2. Retención 299
4. La intervención corporal 302
4.1. Concepto 302
4.2. Clases de intervenciones 302
5. El allanamiento 305

5.1. La inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental 305
5.2. Concepto 306
5.3. Presupuestos 306
5.4. Desarrollo de la medida 307
6. La exhibición forzosa e incautación de bienes 308
6.1. Concepto 308
6.2. Presupuestos 308
6.3. Desarrollo de la medida 309
6.4. Exhibición e incautación de documentos no privados 309
7. El control de las comunicaciones. Interceptación e incautación postal 310
7.1. La inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados como derecho fundamental 310
7.2. Concepto 311
7.3. Requerimiento fiscal y resolución judicial 311
7.4. Ejecución de la medida 311
7.5. Requerimiento a tercera persona 312
8. La intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones 312
8.1. Derechos fundamentales e intervención 312
8.2. Concepto 313
8.3. Procedimiento 314
9. Aseguramiento e incautación de documentos privados 315
10. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria 316
10.1. Protección constitucional del secreto bancario y de la reserva tributaria 316
10.2. Procedimiento en materia de levantamiento del secreto bancario 318
10.3. Aplicación análoga en el caso de levantamiento de reserva tributaria 318
11. Clausura o vigilancia de locales e inmovilización 319
11.1. Concepto 319

11.2. Características 319
11.3. Procedimiento 320

CAPÍTULO VI
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

I. Aspectos generales 323
1. Concepto 324
2. Los principios rectores 325
3. Presupuestos 327
4. Clasificación 328
II. Medidas de coerción personal 328
1. La detención 330
1.1. La detención policial 330
1.2. El arresto ciudadano 332
1.3. Detención preliminar por mandato judicial 333
2. Prisión preventiva 335
2.1. Presupuestos 336
2.2. Características 340
2.3. Duración 341
2.4. Impugnación 343
2.5. La incomunicación 343
2.6. La cesación o variación de la prisión preventiva 344
3. La comparecencia 345
3.1. Comparecencia simple 346
3.2. Comparecencia con restricciones 346
4. La detención domiciliaria 348
5. La internación preventiva 349
6. El impedimento de salida del país 350
7. La suspensión preventiva de derechos 350
III. Medidas de coerción real 351
1. El embargo 352
2. Otras medidas reales 353
2.1. Orden de inhibición 354
2.2. El desalojo preventivo 354

2.3. Medidas anticipadas 355
2.4. Medidas preventivas contra personas jurídicas 355
2.5. Pensión anticipada de alimentos 356
3. La incautación (o secuestro) 357
3.1. Objeto de incautación 358
3.2. Bienes incautados. 358

CAPÍTULO VII
LOS PROCESOS ESPECIALES

I. Introducción 363
II. El proceso inmediato 364
1. Supuestos de aplicación (artículo 446) 365
2. Trámite y resolución 366
3. Proceso inmediato y acusación directa: diferencias 367
III. El proceso por razón de la función pública 368
1. Proceso por delito de función atribuidos a altos funcionarios publicos 369
2. El proceso por delito común atribuido a congresistas y otros altos funcionarios públicos 375
3. El proceso por delito de función atribuido a otros funcionarios públicos (magistrados y procuradores) 376
IV. El proceso de seguridad 378
1. Instauración del proceso 378
2. Características del proceso 379
3. Reconversión al proceso ordinario 380
V. El proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal 381
1. Trámite del proceso: control de admisibilidad, investigación preliminar, auto de citación a juicio, audiencia, sobreseimiento y medidas cautelares 382
2. Abandono, desistimiento y muerte o incapacidad del querellante 384
3. La impugnación 384
VI. El proceso de terminación anticipada 384
1. El acuerdo o negociación entre las partes 386

2. Oportunidad de su aplicación y sujetos procesales legitimados. 387
3. Ámbito de aplicación. 389
4. Normas de procedimiento 390
5. Audiencia especial y privada 392
6. Control y resolución judicial 392
7. Apelación 393
8. Casos complejos 393
VII. Proceso por colaboración eficaz 394
1. Naturaleza jurídica 395
2. Principios que rigen este proceso 395
3. Características principales 396
4. Ámbito de aplicación 396
5. Beneficios que se otorgan 397
6. Normas de procedimiento 397
7. Acuerdos 398
8. Control judicial del acuerdo 399
9. Obligaciones del beneficiado 400
10. Revocatoria de los beneficios 400
11. Proceso por faltas 401
12. Naturaleza jurídica de las faltas 401
13. Competencia 402
14. Normas de procedimiento 402
15. Impugnación 404

CAPÍTULO VIII
EL SISTEMA DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

I. Aspectos generales 407
1. Conceptos 407
2. Principios que orientan los recursos 409
3. Efectos 411
4. Clasificación de los recursos 412
II. Los recursos en el código procesal penal 2004 413
1. Características comunes 413
2. El recurso de reposición 414

3. El recurso de apelación 415
4. El recurso de casación 421
5. El recurso de queja de derecho 427
III. La revisión de la sentencia: acción de impugnación 428
1. Concepto 428
2. Supuestos de aplicación 429
3. Interposición, trámite y sentencia 430

CAPÍTULO IX
LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Marco normativo nacional e internacional 435
2. Los actos de cooperación judicial internacional 435
3. La autoridad central 436
4. La extradición 437
5. Clases de extradición 437
5.1. La extradición pasiva 438
5.2. La Extradición activa 439
6. Asistencia judicial internacional 440
7. Cooperación con la Corte Penal Internacional 440

SENTENCIAS CASATORIAS

1. Auto de calificación / improcendete 445
2. Auto de calificación / inadmisible 448
3. Auto de calificación / bien concedido - inadmisible 451
4. Sentencia de casación / fundado 453
5. Auto de calificación / bien concedido 466
6. Sentencia de casación / fundado - infundado 468
7. Sentencia de casación / fundado 478
8. Auto de calificación / inadmisible - bien concedido 484
9. Sentencia de casación / infundado 487

DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS RELACIONADOS CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

I. Resolución de la Fiscalía de la Nación (N° 029 -2005-MP-FN/ Lima, 06 de ene. 2005). Directiva para el desempeño funcional de los fiscales en la aplicación de los artículos 205° al 210° del código procesal penal 499

II. Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados (Aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 junio 2006) 513

III. Resolución de la Fiscalía de la Nación (N° 243-2007-MP-FN/ Lima 20 de feb. 2007). Directiva N° 001-2007-MP-ETII/CPP Instrucciones para el adecuado desempeño del Fiscal en el rol constitucional del nuevo modelo procesal penal 540

IV. Resolución de la Fiscalía de la Nación (N° 053 -2008-MP-FN/ Lima, 15 ene, 2008). Reglamento del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos..... 544

Capítulo I
CONCEPTOS GENERALES

I. ESTRUCTURA DEL NUEVO PROCESO PENAL

1. NUEVA DINÁMICA DEL PROCESO PENAL

La reforma de la justicia penal se inicia con la vigencia de un nuevo sistema procesal penal acorde con la legislación moderna en el derecho comparado y con características tan particulares que permiten avizorar una mejora sustancial en la justicia peruana.

El nuevo proceso se ubica dentro del sistema de corte acusatorio o predominantemente acusatorio y con las características propias del proceso moderno: a) la separación de funciones de investigar y juzgar a cargo del Fiscal y del Juez, otorgándose al Ministerio Público la tarea de la persecución penal de los delitos públicos; b) el predominio de los principios de oralidad y de contradicción en cada una de las audiencias que prevé la ley; y c) el fortalecimiento de las garantías procesales a favor del imputado y agraviado en paridad de condiciones y posibilidades de intervención. Naturalmente, el nuevo modelo procesal requiere además de un cambio radical no solo en la estructura organizacional de las instituciones involucradas en el nuevo proceso sino también de un cambio en la actuación funcional de los sujetos procesales y de los órganos de apoyo. En tal sentido nuestra doctrina pone su cuota de apoyo a la mejor interpretación y análisis de la nueva legislación procesal.[1]

---

1 Entre otros trabajos, véanse San Martín Castro, César, Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria, en Rev. Actualidad Jurídica, N° 146, Lima 2006, p. 275 – 284; Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?*, publicación de Justicia Viva, Lima, 2004; Gálvez Villegas, Tomás con otros

El nuevo Código Procesal Penal -promulgado por el Decreto Legislativo N° 957- establece una nueva estructura del proceso en relación al texto vigente. Su eje rector y fundamental es la nueva dinámica que deben imprimir los operadores jurídicos, pues si bien es cierto se mantienen las actuaciones propias de todo proceso penal radicados en el ámbito de las diligencias y sus formas así como de la actividad probatoria, también lo es que la forma de interpretar el nuevo texto, la de realizar las nuevas diligencias y en suma, la de aplicar las nuevas instituciones deben de merecer un cambio en la visión del operador sea fiscal, juez, abogado y litigante.

En el marco de la actuación funcional de los órganos encargados de la investigación y juzgamiento así como de los señores defensores, la reforma implica cambio de actitud, mayor dinamismo, celeridad, observancia al debido proceso y a las normas de procedimiento, respeto a las autoridades judiciales y a sus decisiones. Los resultados sólo podrán alcanzarse en la medida que el intérprete y aplicador de la ley asuman internamente las bondades del nuevo proceso penal. Pero, sobre todo, es importante anotar la necesidad de las políticas que impriman las instituciones comprometidas en la reforma, aún cuando se encuentre bajo la tutela presupuestaria del Poder Ejecutivo. A estas alturas, de aplicación progresiva del nuevo código, no cabe duda que se requiere no sólo decisión política institucional, sino también decisión política y económica del gobierno para alcanzar los éxitos que todos esperamos.

Ello se está logrando en la implementación escalonada del nuevo proceso penal en los distritos judiciales donde el Código ya esta vigente. Y ciertamente, la dinámica depende mucho de la actividad del Fiscal con el apoyo de la policía, en primer orden, y del juez de la investigación preparatoria principalmente, dado que es en la fase preparatoria e intermedia donde se espera la decisión jurisdiccional a fin de resolver las me-

autores, *El Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2008; MAVILA, Rosa, *El nuevo sistema procesal penal*, Jurista Editores, Lima 2005; DUPUIT, Joseph, Algunos aportes de unificación del procedimiento penal en Suiza. La reforma del proceso penal peruano, en Anuario de Derecho Penal, Lima, 2004; RODRIGUEZ HURTADO, Mario, *Los principios de la reforma y el titulo preliminar en el nuevo código procesal penal (NCPP)*, en Revista Institucional de la Academia de la magistratura N° 8, Lima, marzo 2008, p. 139-173.

didas que afectan los derechos fundamentales de la persona investigada a través de la adopción de las medidas de coerción que la ley establece.

2. LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL

Tradicionalmente y conforme al modelo antiguo, se ha concebido al proceso penal en dos etapas: instrucción y juzgamiento. La investigación policial o preliminar, anterior al proceso, no fue considerada como parte de su estructura. Sin embargo, su importancia debe resaltarse debido a que constituye el primer paso de investigación que puede dar lugar al inicio del proceso. De allí que en el derecho comparado se ponga de relieve su importancia y se constituya en una de las fases o etapas que mas rigurosidad debe de tener, pero siempre bajo el control y dirección del Fiscal.

Desde una perspectiva funcional, en el nuevo proceso penal se pueden distinguir cinco etapas que se caracterizan por su continuidad y cada una de ellas con claras delimitaciones:

1. La investigación preliminar;
2. la investigación preparatoria;
3. la etapa intermedia;
4. el juzgamiento; y
5. la etapa de ejecución.

Estas etapas se suceden unas a otras dependiendo de la necesidad de continuar con la investigación de los hechos denunciados, con la posibilidad de juzgamiento y son de naturaleza preclusiva. De tal manera que culminada la etapa de investigación preliminar (o de investigación fiscal o policial) si existen elementos probatorios para pasar a la etapa de investigación preparatoria, el Fiscal emite una *Disposición de formalización de la investigación preparatoria* y continua con las diligencias necesarias, con intervención de los defensores y bajo la supervisión del Juez para la Investigación Preparatoria. Culminada esta etapa, se pasará a la fase Intermedia, espacio procesal donde el Ministerio Público decidirá si for-

mula acusación o el archivo del proceso; las posibilidades de observación de la acusación están permitidas a las partes así como la interposición de nuevos medios técnicos de defensa. Superada esta fase de *saneamiento* procesal, el juicio oral se inicia y desarrolla sin mayor obstáculo procedimental, pero igualmente, con posibilidades de conclusión anticipada de la sentencia. La ejecución de ésta también queda regulada en la ley.

Algunos autores sólo consideran la existencia de tres etapas: investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juzgamiento. Dentro de la primera se incluye la investigación preliminar, claro está, cuando se dispone el inicio de la investigación preparatoria las diligencias que se actuaron preliminarmente pasan a formar parte de la última. Sin embargo, cuando la investigación preliminar no amerita el paso a la siguiente fase y se archiva la misma (porque no hay delito, no hay pruebas o se aplica el principio de oportunidad), el proceso queda en estadio inicial. En otras palabras, puede haber investigación preliminar y no preparatoria, y sí ésta última que comprenda -por necesidad del sistema- a la primera.

En todo caso, son interpretaciones que quedan más en el ámbito del análisis teórico o académico, que en lo operativo o practico. Lo mismo se puede decir de la llamada fase de ejecución de la sentencia, que tradicionalmente se ha dejado en manos de las autoridades administrativas, y que el legislador ha considerado darle mayor intervención a las autoridades judiciales, de esa manera tanto juez y fiscal mantienen su relación con el caso hasta que la condena y el pago de la reparación civil a la víctima se haga efectiva. Además, debe admitirse que el juez juzga y también hace ejecutar lo que juzga.

3. LA NUEVA ORGANIZACIÓN FISCAL

Toda reforma del proceso penal trae consigo cambios sustanciales en el sistema de organización judicial y también en la estructura orgánica y funcional de los fiscales y jueces y los auxiliares de justicia, como también en el desempeño profesional de la policía y los defensores. En todos los casos, se viene observando que el proceso de implementación progresiva afronta obstáculos propios del cambio de modelo básica-

mente inquisitivo a uno de corte acusatorio y de la limitada capacitación de alguno de sus actores principalmente, de la policía.

En el caso de la Fiscalía, el cambio es importante en la medida que deja de ser un partícipe más de las diligencias dirigidas por los jueces y asume un rol protagónico en la investigación del delito; además, es el eje jurídico de toda investigación preliminar por delito público. Se potencian, se amplían y se reafirman sus funciones que ya realizaba en la práctica actual, sobre la base de las normas de orden constitucional y de la legislación existente. Naturalmente se requiere de una nueva Ley Orgánica y Reglamentos.

Con la aplicación del nuevo código procesal, el Ministerio Público, se organiza sobre la base de un modelo *corporativo*, con características de unidad, de agilidad, de actuación inmediata, con mecanismos de selección de los casos que merecen una decisión temprana, como son los supuestos de flagrancia o principio de oportunidad, con la designación, por turno, de casos que han de ser de conocimiento del Fiscal desde el inicio de su intervención hasta el final del mismo con la expedición de la sentencia, si fuera el caso, lo que supone también su intervención en el juicio oral.

En tal sentido, la Fiscalía se organiza en cada sede judicial de la siguiente manera:

a. Fiscalía Superior Coordinadora, a cargo de un Fiscal Superior.
b. Fiscalía Provincial Coordinadora.
c. Fiscalías Provinciales de Investigación, y Fiscalías de decisión temprana.

El Fiscal Superior Coordinador cumple funciones de dirección y orientación de todo el sistema corporativo del nuevo código. En tal sentido, tiene el control y coordina las actividades funcionales y administrativas de los fiscales en este orden, absuelve las consultas que hagan los fiscales y es el órgano de comunicación con la Comisión de Implementación del Nuevo CPP y la Fiscalía de la Nación. También comunica de sus actividades y coordina en lo pertinente con el Decanato Superior de cada sede.

El Fiscal Provincial Coordinador es la autoridad responsable del desarrollo de toda la actividad funcional de los fiscales de investigación, establece la forma y turno de actuación fiscal, conoce y distribuye las denuncias o casos que llegan a la Fiscalía entre los Fiscales Provinciales y los Fiscales Adjuntos, mantiene una necesaria línea de comunicación con el Fiscal Superior Coordinador y con el Decano. Si bien es cierto, su función comprende aspectos administrativos, también lo es que actúa como órgano de investigación pues por su experiencia se le faculta a que conozca de aquellos casos que son emblemáticos o que requieren, por su gravedad, de una atención directa de su parte.

Es de destacar que las Fiscalías Provinciales de investigación cuentan con Fiscales Adjuntos para las tareas propias de su función y en tal sentido, conocen igualmente de denuncias, intervienen en las diligencias de investigación y llevan *su caso* hasta el *final* del proceso, de tal manera que su conocimiento cabal de los hechos, los elementos de prueba e intervención en las audiencias judiciales, le permiten tener las mejores posibilidades de decisión de acusación o archivo del proceso e incluso intervenir directamente en el juicio oral. Lo mismo tenemos que decir de las Fiscalías de *decisión temprana*, que son aquellas que intervienen en los casos de flagrancia, de aplicación de principio de oportunidad o de aquellos casos que requieran de decisión inmediata de la fiscalía.

En cuanto a los procesos penales con arreglo a las disposiciones de la legislación procesal antigua, se debe de señalar que tales casos siguen su curso regular a cargo de fiscalías comunes y especializadas, a las que se ha venido a llamar *Fiscalías de liquidación*, las mismas que una vez culminada su labor, pasarán a formar parte del modelo corporativo de investigación del delito conforme al código nuevo.

4. LA NUEVA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL

En el ámbito del Poder Judicial, específicamente de la función jurisdiccional penal, rigen los mismos principios constitucionales de independencia, imparcialidad y exclusividad -entre otros- que se consagran en los artículos 158° y 159° de la carta fundamental, apreciándose que el

nuevo texto procesal se adecua con mayor firmeza a dichas normas, resaltándose la *exclusividad* de la función jurisdiccional, pues la resolución de conflictos intersubjetivos, la decisión sobre las medidas que afecten derechos personales y el *ius puniendi* o derecho a castigar sólo pueden ser ejercidos y decididos por los jueces y no por otras autoridades o poderes. En tal sentido, en el nuevo proceso penal el juez penal, alejándose del antiguo modelo inquisitivo -donde además realizaba funciones de investigación- asume a plenitud la potestad de *impartir justicia.*

En tal sentido, uno de los grandes logros de la justicia penal de los últimos años y que se refleja en los nuevos códigos procesales en esta materia, radica en la separación de funciones de quien investiga y quien juzga los delitos y sus autores. Las normas procesales regulan la intervención y competencia de los jueces, lo que guarda armonía con la Ley Orgánica del Poder Judicial y las disposiciones administrativas que se han generado para su mejor aplicación. Igualmente se han producido cambios en su organización acorde con las nuevas funciones.

La intervención del juez es de suma importancia en el ámbito de control de las garantías del proceso y los derechos que les asisten a las partes como en la fase de control de la acusación o sobreseimiento y juzgamiento. Estos cambios se relacionan con los criterios de competencia que asume el juez o los jueces, según sus niveles dentro de la magistratura. En tal sentido, la potestad jurisdiccional en materia penal la ejercen:

a. La Sala Penal de la Corte Suprema.
b. Las Salas Penales de las Cortes Superiores.
c. Los Juzgados Penales, que pueden ser unipersonales o colegiados.
d. Los Juzgados de la Investigación Preparatoria.
e. Los Juzgados de Paz.

La Sala Penal de la Corte Suprema conocerá de los casos que, conforme a ley, lleguen en vía de casación. De hecho ya existe jurisprudencia al respecto, pues la Sala Penal Suprema ha emitido pronunciamiento en distintos casos de casación. La Sala Penal Superior conocerá de los juicios de apelación que se promuevan contra las sentencias dic-

tadas por los juzgados penales y de los incidentes que por competencia lleguen a su conocimiento.

Como se puede observar, aparecen tres juzgados con distinta denominación y naturalmente con distinta competencia (unipersonales, colegiados y de investigación preparatoria), que se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Ello obedece a la necesidad de que exista una autoridad judicial que ejerza control sobre las garantías procesales de la investigación preliminar y preparatoria, que se encargue de la admisión de prueba al juicio (juez de la investigación preparatoria o de garantías) y otra distinta que se encargue precisamente de dirigir el juicio oral, sin haber intervenido en las fases anteriores. El otro criterio que se sigue está vinculado con el tratamiento judicial de los delitos considerados leves y de mediana criminalidad diferenciándolos con aquellos considerados como graves, para lo cual se ha establecido órganos judiciales distintos: unipersonal y colegiado, respectivamente. Hay que mencionar que para los últimos casos el cambio sólo es en el Poder Judicial, pues es el mismo Fiscal el que interviene tanto para la investigación, acusación y juzgamiento de delitos graves como menos graves.

En ese sentido, se crea el *Juzgado de la Investigación Preparatoria* con finalidades de control de esa etapa investigatoria y además se le encarga de la dirección de la fase intermedia del proceso; decide de la adopción o variación de las medidas coercitivas que se dicten durante las etapas de su intervención. Pareciera que, con relación con el código anterior, se redujera sus atribuciones y competencias, sin embargo, su intervención y decisiones trascienden en la continuidad de todo el proceso, dentro del marco de los principios de independencia, imparcialidad, inmediación y oralidad, principalmente. El art. 29° del Código precisa su ámbito de competencia:

a. Decide la constitución de las partes procesales y conoce las cuestiones que se derivan de dicho apersonamiento procesal.

b. Impone, modifica o hace cesar las medidas limitativas de derechos durante la fase de investigación.

c. Ejerce los actos de control de la investigación que prevé el código.

d. Ordena la inscripción de defunción en los Registros Civiles, cuando no se hubiera hecho.

e. Dirige la prueba anticipada.

f. Dirige la fase intermedia del proceso.

g. Dirige la fase de ejecución de la sentencia.

Como se puede apreciar, las mayores funciones judiciales que establece el nuevo código procesal se encuentran a cargo del Juzgado de la Investigación Preparatoria y es obvio que el Poder Judicial debe poner el mayor esfuerzo en su implementación y capacitación. El eje central de la actuación del juez de garantías radica en el cambio de actitud frente al nuevo modelo, es decir, dejar de lado la figura tradicional del juez investigador o instructor pues su intervención es taxativa y decisoria en el ámbito de su competencia; en otras palabras, no hace labor investigatoria ni pide información al fiscal sobre el avance de las investigaciones, menos se inmiscuye en la misma, pero, como se ha dicho, llegado el momento del control de la acusación o sobreseimiento, decide sobre el fondo del caso investigado por el fiscal.

En el nuevo código también se establece que los *Juzgados Penales Colegiados* se integran con tres jueces y que conocerán del juicio oral, de aquellos delitos que en la ley penal prevean, en su extremo mínimo, una pena privativa de la libertad superior a seis años, en tal sentido, conocerán de los delitos considerados graves: homicidio calificado, secuestro, violación de menores, robo agravado, abigeato agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, genocidio, desaparición forzada, entre otros. Los *Juzgados Penales Unipersonales* que, como su nombre lo indica cada sede está a cargo de un solo juez, que conocerá en juicio de los demás delitos, es decir, de aquellos no comprendidos para los órganos colegiados (art. 28).

Tanto los Juzgados Penales Unipersonales como Colegiados están conformados por jueces que no han conocido de la investigación preparatoria ni de las incidencias que se hubieren generado. En términos genéricos pueden saber de que delito se trata, pero recién al inicio

del juicio oral y ante la intervención del fiscal que presenta la acusación es que van a conocer de los detalles de los hechos y las pruebas que sustentan la pretensión penal del fiscal. Los jueces tienen la siguiente competencia para:

a. Dirigir la fase del juzgamiento, bajo las normas y con los poderes que la ley les concede.

b. Resolver los incidentes que se promuevan durante el juicio oral.

c. Conocer de los demás casos que el código establece.

Se prescribe además, que los Juzgados Unipersonales conocerán de los incidentes sobre beneficios penitenciarios; del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas por el Juez de Paz Letrado, del recurso de queja y de la dirimencia de las cuestiones de competencia entre los juzgados de paz letrados (art. 28.5).

Esta nueva organización judicial penal permite una mayor fluidez de los casos penales y una especialidad de los jueces, quienes deberán, escuchando al fiscal y las partes, tomar decisiones importantes e inmediatas en las audiencias orales.

Finalmente, la nueva ley procesal también contempla a la Justicia de Paz y establece que los jueces de paz letrados dirigirán los procesos por faltas.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. CONCEPTO

En el curso de la historia procesal se han dado muchas definiciones sobre nuestra disciplina. CARNELUTTI enseñaba que el derecho procesal penal era un derecho instrumental pues no era fin en sí mismo sino un medio para la realización del derecho penal[2]. Entre nosotros,

2 CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil, Introducción y función del Proceso Civil*, Buenos Aires, Argentina, 1944, p. 82.

GARCÍA RADA[3] afirmaba que se trata de un medio legal para la aplicación de la ley penal.

Sin embargo, el concepto de derecho procesal penal no se reduce al proceso como instrumento o medio, sino como una disciplina jurídica de suma importancia en el quehacer jurisdiccional. Para JULIO MAIER "rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él"[4]. El Derecho Procesal Penal va más allá de la sola "realización de la ley penal". Ya ha señalado BINDER [5]que ello nos da una visión reducida de su verdadera función, en especial, respecto de la configuración de la política criminal, proposición que "ha sido mal utilizada, permitiendo una visión superficial del Derecho Procesal Penal, que destaca los aspectos procedimentalistas y deja de lado el análisis de la influencia de la norma procesal en la determinación de la coerción penal". Ciertamente, el Derecho Procesal Penal no se agota con realizar la ley penal; mantener tal criterio significaría negar todo el desarrollo jurídico susceptible de tratamiento científico que ha adquirido esta disciplina, sobre todo en las últimas décadas. [6]

El Derecho Procesal Penal es una disciplina jurídica de derecho público que tiene autonomía científica, legislativa y también académica, que se sustenta en principios fundamentales del Derecho y de aquellos que regulan los derechos humanos, con objetivos y funciones predeterminados, que estudia, no sólo los actos para acceder a la justicia penal

3 GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, EDDILI, Lima, 1976, p. 9

4 MAIER, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Bs. As., 1ª Edición, 1989, p.102. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, T.I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito; traducido por Diego Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas, 1997, p. 45.

5 BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 37.

6 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Sistema Procesal Español*, José Mª Bosch, editor, Barcelona, 1997, p. 9.

y los que conforman el procedimiento para la comprobación del ilícito y la responsabilidad del autor limitando el poder punitivo del Estado en la aplicación del *jus puniendi*, sino que también la organización judicial penal y la forma de intervención de los sujetos procesales.

2. CARACTERÍSTICAS

a. Es una disciplina autónoma, con terminología propia, que no se subordina a otra disciplina que se relaciona con ellas (constitucional, penal, penitenciario, criminología, procesal civil, entre otras) con individualidad propia y se le puede identificar por su objeto y finalidad.[7]

b. Es una disciplina científica, pues importa un conocimiento racional, objetivo, metódico, explicativo – informativo, con terminología propia, sistemático, verificable y que conduce a la tecnificación.[8]

c. Determina la función jurisdiccional penal, la forma de acceso por el fiscal y el particular, de acuerdo con la forma de ejercicio de la acción penal y la organización judicial penal.

d. Determina los actos procedimentales para el cumplimiento de sus objetivos, verificación del hecho punible y la búsqueda de pruebas para la determinación del delito y sus posibles autores y partícipes.

e. Determina el comportamiento de los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento: funciones, obligaciones, atribuciones, derechos.

3. RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS

Esta disciplina se relaciona con el derecho constitucional, los derechos fundamentales previstos en el artículo 2° de la carta magna, los previstos en el artículo 138 referidos a la función jurisdiccional; las dis-

7 MIXÁN MÁSS, F., *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1984, T. I p.24.

8 MIXÁN MÁSS, F., *Derecho Procesal*, citado, T. I p. 18-21.

posiciones constitucionales sobre antejuicio; las facultades de la Fiscalía de la Nación para formular cargos ante el Poder Judicial en los casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; los tratados Internacionales; en los casos de estado de emergencia; la doctrina que imprime el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias vinculantes; y, en sentido amplio, con el derecho administrativo y legislativo.

Su mayor relación es con el Derecho Penal, de cuya máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* tiene su correlato con el derecho procesal que afirma *no hay delito no hay pena sin previo juicio*. Su principal relación es con el sistema de penas que prevé la ley penal, los criterios de su determinación por los jueces, los casos de participación delictiva, los medios de defensa como las excepciones, las eximentes de responsabilidad penal, la tentativa, etc. En suma, entre ambas disciplinas se produce una relación de *necesariedad* o de comunicación recíproca en todas las etapas del proceso penal.

Con el derecho civil y procesal civil en los temas vinculados a la familia, estadio civil, parentesco, patria potestad, bienes patrimoniales, las personas jurídicas, los actos jurídicos, las cuestiones prejudiciales; la formalidad de los actos procesales, el actor y el tercero civil responsable, el embargo de bienes y formas de sustitución, la reparación civil, etc. Debe recordarse que la primera disposición complementaria y final del CPC establece que sus normas se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

Las relaciones con el derecho internacional público no sólo se relaciona con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos sino también cuando nuestro Estado forma parte de un sistema de cooperación judicial internacional, de allí la existencia de Convenciones y su ratificación por el Estado peruano, como sucede en los casos de tráfico ilícito de drogas, trata de personas, contra la corrupción, etc.

4. LA JURISDICCIÓN

Para DEVIS ECHANDÍA, se entiende por jurisdicción "la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida

por un órgano especial"[9]. Agrega el citado autor que la jurisdicción tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales.

El Estado otorga esta *potestad* (art. 138° Const.) de Administrar Justicia a un Juez o Tribunal, que es el órgano que cumple funciones jurisdiccionales, que emite una declaración del derecho y de tutela de los derechos fundamentales de la persona y del orden jurídico[10]. Entonces, se debe de afirmar que el Juez, sea personal o colegiado, es un *órgano constitucional.*

En tal sentido, y al igual que otras Constituciones europeas, la nuestra concibe a la jurisdicción en la función exclusiva de los jueces, como el tercer Poder del Estado[11] e igualmente se consagra como principio la unidad y *exclusividad de la función jurisdiccional*, así como la independencia en su ejercicio, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, entre los principales (art. 139°, incs. 1,2 y 3).

Para el Estado constituye una obligación actuar a través del órgano jurisdiccional a fin de realizar la tutela del orden jurídico cuando el particular o una entidad lo solicita o cuando ocurre un ilícito penal. De esa manera el Estado tiene el poder de someter a su jurisdicción a quienes hayan incurrido en la comisión de un delito. De ello se desprende su consideración como un derecho público del Estado y una obligación para con los ciudadanos; al que cualquier ciudadano ha de recurrir a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción[12].

---

9 DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General del Proceso*, cit. p. 73 y ss.

10 Afirma MORENO CATENA, V., que la función genérica de la jurisdicción estriba en la resolución de los conflictos, intersubjetivos y sociales, mediante la aplicación del Derecho objetivo, si bien dicha función, se concreta en la protección de los derechos subjetivos, en el control de la legalidad y en la complementación del ordenamiento (Introducción al Derecho Procesal 2ª edición, Colex, 1997, p. 44).

11 Const. Italiana, art. 104.1; Ley Fundamental de Bonn, art. 23.2; Const. Española, art. 17).

12 En este sentido, afirma CARNELUTTI que la jurisdicción es un concepto opuesto y complementario a la acción: "la acción es una actividad que se desarrolla de la periferia al centro; la jurisdicción del centro a la periferia; la acción va de las partes o, más ampliamente, de los ciudadanos hacia el juez; la jurisdicción, del juez hacia la parte o, más ampliamente, hacia los ciudadanos. El juez *ius dicit* porque el ciudadano *ius*

Esa pretensión de alcanzar la justicia es un derecho de la persona y constituye una obligación ineludible del Estado a través de los órganos jurisdiccionales. En el nuevo proceso penal, la función jurisdiccional se aleja de la actividad investigadora para centrar su ejercicio al juzgamiento y al control de legalidad de la investigación fiscal, bajo los principios ya aludidos, especialmente el referido a la exclusividad de su función.

4.1. Características

La jurisdicción presenta las siguientes características:[13]

a. *Autónoma.*- La jurisdicción es ejercida por cada Estado de acuerdo con sus normas constitucionales y en ejercicio de su soberanía nacional. En consecuencia, la función jurisdiccional, objeto de estudio del Derecho Procesal Penal, se caracteriza por no encontrarse dirigida a la represión penal, que es propio del derecho Penal, sino que desarrolla las garantías que las regula con el carácter de autónomas; dichas garantías son sustantivas por acomodarse a la realidad constitucional de "aquí y ahora".[14]

b. *Exclusiva.*- La jurisdicción es exclusiva de los órganos a los cuales el Estado otorga tal potestad: jueces de todas las instancias. En este sentido, expresa PECES BARBA que "la exclusividad o el monopolio de la jurisdicción al Juez -se ha dicho- es la última *-last put non least-* de las condiciones señaladas para una eficaz protección de los derechos fundamentales. Ello excluye la atribución de competencias judiciales al Poder Ejecutivo o a las Comisiones parlamentarias, así como cualquier injerencia en el régimen normal de jurisdicciones especiales que suponen un retroceso en las condiciones para una eficaz protección de las

---

poscit; éste pregunta, aquél responde. El cual responder es naturalmente un *dicere ius* y así una *iuris dictio*" (Lecciones sobe el Proceso Penal, T. II, Colección Ciencia del Proceso, traducción de Santiago Sentís M., Bs. As., 1950, p. 145.

13 MORENO CATENA, y otros, *Introducción al Derecho Procesal*, citado, p. 43-44.

14 LORCA NAVARRETE, *El proceso penal y la Ley de enjuiciamiento criminal*, Dykinson, 1997, p. 28; CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, T. I, EDIAR, Bs. As., 1960, p. 291.

libertades públicas y una intervención del Poder ejecutivo y legislativo en el judicial"[15].

Entonces, los particulares ni otros funcionarios públicos pueden ejercer la jurisdicción, (art. 139.1 Const.) lo que lleva a MONTERO AROCA a plantear que "todos los seudo-tribunales no jurisdiccionales que han proliferado en los últimos tiempos (tribunales de honor, sindicales de amparo, de prensa, de defensa de la competencia, de contrabando y un larguísimo etcétera), sobre cuya naturaleza administrativa, generalmente caben pocas dudas, constituyen otros tantos ataques a la exclusividad de la jurisdicción, ataques que reflejan la desconfianza que el Ejecutivo siente frente a los órganos jurisdiccionales ordinarios como garantizadores de los derechos de los ciudadanos"[16]. Entonces, los órganos administrativos, como la policía, los prefectos o alcaldes no es que actúan dentro del "ámbito de su jurisdicción", pues no la ejercen, sino que ejercen sus funciones dentro del ámbito de su competencia. La jurisdicción es exclusiva de los jueces.

c. *Independiente.*- La función jurisdiccional se caracteriza por la independencia con la que actúan los magistrados; independencia que debe manifestarse frente a la sociedad, frente a los otros poderes del Estado, frente a sus superiores jerárquicos y frente a las partes[17]. La esencia del Juez es su independencia y en ese sentido, sólo está sujeto a la Constitución y a las leyes[18].

d. *Única.*- Sólo existe una jurisdicción delegada por el Estado conforme al concepto inicial[19]. LEONE señala que dentro de la unidad, la jurisdicción reivindica su autonomía y la consiguiente infungi-

15 PECES BARBA, *Derechos Fundamentales*, 3ª edición, Madrid, 1980, p. 188. También GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos*, citado, p. 85.

16 MONTERO AROCA, J., *Introducción*, citado, p. 37.

17 MONTERO AROCA, J., *Introducción*, citado, p. 39-43

18 En este sentido, ha de distinguirse al nuestro maestro sanmarquino DOMINGO GARCÍA RADA (Memorias de un Juez, Editorial Andina, Lima, 1978, p. 171 y ss.

19 GIMENO SENDRA comprende a la unidad como expresión del principio constitucional de exclusividad, en *Fundamentos*, citado, pp. 85-107.

bilidad[20]. La jurisdicción no se divide, por ello no se puede afirmar la existencia de una jurisdicción preventiva, cuando el juez ejerce determinadas funciones en la investigación preliminar, pues realmente el juez actúa en virtud de la potestad de la que está investido, dentro o antes del proceso, si la ley así lo permite. En cambio, se puede afirmar que la jurisdicción puede tener distintas manifestaciones[21], a fin de indicar la forma como la ley distribuye su ejercicio entre los diversos órganos y funcionarios especializados, para cumplir mejor con sus fines.

La función jurisdiccional genera la atribución de determinados poderes a fin de que los órganos jurisdiccionales puedan cumplir con su ejercicio. Sin embargo, como se ha expresado al analizar el concepto de jurisdicción, debemos citar lo que enseña FAIREN GUILLEN, quien entiende que la jurisdicción más que un poder es una potestad que desarrolla una función. "Ese Poder Judicial se desarrolla como una potestad caracterizada por la autoridad, superioridad de jueces y magistrados -*imperium* derivado de la soberanía-; esa *potestad* es la fuerza que actuando, desarrolla una función..."[22]

En atención a los poderes que emanan de la jurisdicción son los siguientes: *a) Poder de decisión* del órgano jurisdiccional que tiene fuerza obligatoria sobre la controversia; es el poder esencial que emana de la jurisdicción. La manifestación de este poder es variada durante el proceso; se puede afirmar que el proceso penal se construye sobre la base de las decisiones provisionales y definitivas del juez. En tal sentido, la resolución definitiva del juez unipersonal o colegiado (consentida o ejecutoriada), constituye *cosa juzgada*. La LOPJ establece que toda persona y autoridad está

20 LEONE, *Tratado*, citado, p. 276.

21 De allí que es preferible hablar de tribunales especiales u ordinarios, o tribunales civiles, penales, etc., más no de jurisdicciones, pues ésta es única (Prieto Castro y otros, Tribunales españoles, organización y funcionamiento, Madrid, 1977, p. 150.

22 FAIREN GUILLEN, V., *La potestad jurisdiccional*, en Rev. De Derecho Judicial, España, 1972, p. 81 y ss. Agrega el maestro español en otra de sus tantas obras, que identificar a la jurisdicción sólo con la función sería, además de incompleta, propia de regímenes totalitarios; en Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 101

obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa (art. 4); *b) poder de coerción*, pues se le faculta hacer uso de medidas coercitivas para la realización de sus funciones, que pueden estar dirigidas a los procesados, testigos, peritos; a la realización de determinadas diligencias mediante el empleo de la fuerza pública; a la imposición de sanciones a quienes incumplan su mandato, etc.; el nuevo código procesal penal lo establece en el numeral 126. *c) poder de ejecución*, que se manifiesta cuando el órgano jurisdiccional impone el cumplimiento de un mandato claro y expreso. El Juez tiene como función fundamental juzgar, pero también debe ejecutar lo juzgado; *d) poder disciplinario*, que es la facultad que tiene el juez, como director del proceso, de poner orden durante la realización de las diligencias judiciales. La LOPJ establece la facultad del juez para sancionar toda contravención a los deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal (arts. 9 y 10).

4.2. Jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar

La doctrina clasifica a la jurisdicción en ordinaria y especial, de acuerdo a las distintas ramas de la organización judicial de cada país. La jurisdicción ordinaria o común comprende a las ramas civil, laboral, constitucional y penal, y es ejercida por los juzgados unipersonales y colegiados y también por las salas penales ordinarias. La jurisdicción especial comprende las ramas militar y arbitral, y es ejercida por jueces distintos al ordinario.

Dentro de la jurisdicción penal ordinaria se investigan y juzgan todas las infracciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley penal, sin atender a distinción alguna de sus autores, salvo las prerrogativas que establece la ley procesal a determinadas autoridades.

La jurisdicción penal militar merece singular atención en nuestro sistema debido a la poca claridad del ordenamiento y a que también sus

disposiciones, es decir, sus leyes básicas resultan obsoletas y no se adecuan a la Constitución. Esta jurisdicción comprende el juzgamiento de infracciones de las personas que integran la organización militar, pero limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos *castrenses*.

De esta manera se resalta el carácter inminentemente restrictivo de la jurisdicción penal militar, pues sólo será competente cuando se lesiona bienes jurídicos de carácter militar. Consecuentemente, siendo la jurisdicción penal militar de carácter especial, "normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria" observando igualmente la vigencia del principio del Juez legal o predeterminado por la ley[23]. Ello permite establecer una clara delimitación de la jurisdicción penal ordinaria de la militar, restringiéndose ésta a lo *exclusivamente castrense*. De ello se desprende que si un miembro de las fuerzas militares o policiales comete un delito que no afecte bienes jurídicos castrenses, la investigación y juzgamiento corresponderá a la justicia penal ordinaria[24].

Es indudable la posición doctrinaria respecto de la jurisdicción militar, sin embargo, en nuestro ordenamiento los problemas de determinación de la jurisdicción común o militar se evidencian a través de las cuestiones de competencia que han sido resueltos sin seguir una línea interpretativa homogénea. Entonces, dos aspectos hay que destacar sobre este tema: Primero, constituye regla dominante en la doctrina y derecho comparado que la jurisdicción penal militar se determina atendiendo a presupuestos imprescindibles: a) cuando el agente es militar o policial; b) el bien jurídico que lesiona o pone en peligro es de natura-

23 Sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 75/82. En esa sentencia, se planteaba al cuestión de dilucidar la competencia de la jurisdicción ordinaria penal o la jurisdicción penal militar en una causa seguida contra miembros de la Guardia Civil, por delito de tortura, por hechos cometidos, al menos en parte, en un cuartel de dicha fuerza. El Tribunal Constitucional consideró que se había violado el principio del juez legal, decidió otorgar el amparo y dispuso que la autoridad judicial castrense devuelva la causa a la jurisdicción ordinaria.

24 DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General*, cit. p. 97. Considera que es inconstitucional que se atribuya a la justicia militar el conocimiento de delitos comunes: "Los jueces militares no tienen esa función, ni capacidad para desempeñarla bien; es un atentado contra la seguridad de los particulares y un criterio corruptor de la justicia".

leza castrense; y c) la conducta incurrida está prevista en el Código de Justicia Militar como hecho punible[25].

En segundo lugar, y no por ello menos importante, lo constituye la debida determinación de la jurisdicción militar. Es necesario y urgente una reforma total tanto de la LOJM como del CJM dejando de lados proyectos legislativos que solo buscar mantener el sistema tradicional de la justicia militar. Por qué no pensar en cambiar a un sistema de administración de justicia para los delitos cometidos en el ámbito castrense?[26] En tal sentido, coincidimos con HURTADO POZO cuando sostiene en la presentación del Anuario de Derecho Penal que el "establecimiento de un mínimo Estado de Derecho requieren la reforma substancial del desnaturalizado sistema de derecho penal militar, vigente en nuestro país."[27]

5. LA COMPETENCIA

La competencia constituye la facultad que tienen los jueces para el ejercicio de la jurisdicción en determinados casos. Se trata de un *presupuesto procesal*[28] relativo al órgano jurisdiccional pues exige de éste la competencia para conocer de un caso y dictar sentencia. GARCÍA RADA[29] afirmaba que "es el ámbito dentro del cual el Juez tiene y puede ejercer válidamente la jurisdicción".

25 En una jurisprudencia se establece que el delito de TID se encuentra prevista en el CP y no en el CJM, por lo tanto, corresponde el conocimiento de los hechos incurridos por efectivos militares a la justicia ordinaria (Ej. Suprema de 5 de mayo de 1998, S.P. TIE-E, Competencia N° 8774-97, Lima, en Jurisprudencia Procesal Penal, Rojas Vargas, citado, p. 185).

26 Véase la Resolución Defensorial N° 32-DP-2000, especialmente los considerandos cuarto, quinto, sexto y sétimo, sobre la administración de justicia y la competencia de los fueros civil y militar; el delito de tortura y delito de función y las cuestiones de competencia. Publicado en el diario oficial El Peruano, 7 de junio del 2000, p. 187699-187702.

27 HURTADO POZO. J., Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Fondo Editorial de la PUCP 2002, Lima, 2002, p. 17. Véanse además los interesantes trabajos sobre la materia en dicho anuario.

28 MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional* T. III citado, p. 41. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, con otros autores, 2ª edición, Colex. 1997, p. 111.

29 GARCÍA RADA, D., *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p.33.

Para CARNELUTTI la competencia no es un poder, sino un límite del poder; es más, ha precisado que es el único límite de la jurisdicción[30]. El Juez tiene el poder no sólo en cuanto es juez, sino además en cuanto la materia del juicio entra en su competencia. De esta manera jurisdicción y competencia se relacionan, y por ello se afirma que la jurisdicción es el género y la competencia es la especie[31]; es decir, todos los jueces tienen jurisdicción, pero no la misma competencia, pues esta se encuentra delimitada a determinados asuntos previstos en la ley de la materia. De tal manera que los jueces que intervienen en unos asuntos, no pueden hacerlo en otros por ser incompetentes. Como afirma MIXÁN MÁSS, la competencia es el ámbito de la jurisdicción del juez y comprende el conjunto de procesos en que puede ejercer su jurisdicción consciente e inequívocamente[32].

Es igualmente necesario señalar que la competencia no sólo delimita el ámbito del órgano jurisdiccional, sino también determina el ámbito de actuación del Fiscal, pues los criterios establecidos por la ley para la delimitación de competencia comprenden a ambos operadores.

5.1. Criterios de determinación

La competencia es útil para distribución de los casos penales entre los distintos jueces de investigación preparatoria, jueces de juicio y demás salas especializadas. Se trata en esencia, de un instrumento *técnico* para repartir el trabajo entre los jueces[33]. De tal manera que cada órgano jurisdiccional conoce cual es su ámbito de ejercicio y las partes saben el camino procedimental que va a tener su causa. Por ello, el legislador ha señalado que por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben de conocer un proceso (art. 19.2) y asimismo, ha

30 CARNELUTTI, F. *Derecho procesal Civil y Penal*, citado, p. 71, nota 29.

31 GARCÍA RADA, D., *Manual*, citado, p. 33; Devis ECHENDIA, *Teoría General*, citado, p.135.

32 MIXÁN MÁSS, F, *Derecho Procesal Penal*, T. I, citado, p.305, señala que la determinación de la competencia permite al juez penal actuar "consciente e inequívocamente" en el ámbito y el nivel que le son conferidos para el desempeño de su función jurisdiccional.

33 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Tercera Lectura Constitucional, Bosch, Barcelona, 1993, p. 88.

elaborado determinados criterios para alcanzar una debida distribución de la competencia penal, teniendo en cuenta sobre todo, presupuestos tan importantes como la especialidad y la proporcionalidad.

El nuevo código procesal penal establece que la competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión (art. 19.1). En tal sentido, todas las infracciones establecidas en el Código Penal - delitos y faltas- así como en las leyes especiales, deben de ser investigadas por la Fiscalía y resueltas por el Juez Penal común u ordinario.

La ley procesal penal establece los criterios a seguir para la determinación de la competencia, a los que deben de sujetarse los Juzgados y Salas judiciales penales y que igualmente determina la competencia de las Fiscalías.

5.2. Competencia objetiva y funcional

La competencia objetiva expresa la distribución que establece la ley entre los distintos órganos jurisdiccionales para la investigación y juzgamiento de las infracciones penales. Para tal efecto, se ha de considerar la clase de infracción, la gravedad de las penas previstas para determinados delitos y la condición especial de la persona imputada. El criterio expuesto complementa la competencia funcional, ya que basada ésta en la división del proceso en dos instancias, con órganos jurisdiccionales distintos, establece los mecanismos formales para que cada uno de ellos pueda cumplir con sus funciones, poniendo de relieve la llamada competencia de grado, que posibilita al órgano jurisdiccional superior el conocimiento del proceso o de sus incidencias en vía de impugnación o consulta.

Nuestra ley procesal ha distribuido la competencia objetiva y funcional de los órganos jurisdiccionales en lo penal, atendiendo básicamente a la gravedad de la infracción, a su nivel jerárquico y precisando, taxativamente, los casos sujetos a su conocimiento. En tal sentido, los distintos estamentos jurisdiccionales tienen competencia preestablecida:

a. *Sala Penal de la Corte Suprema.*- Constituye la instancia máxima en materia penal y su ámbito competencial está claramente regulado. En tal sentido, le corresponde (art. 26):

1. Conocer del recurso de casación contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales Superiores, en los casos previstos por ley.
2. Conocer del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación.
3. Conocer de la transferencia de competencia, conforme a ley.
4. Conocer de la acción de revisión.
5. Resolver las cuestiones de competencia que prevé la ley y las que se produzcan entre la jurisdicción ordinaria y la militar.
6. Solicitar al Poder Ejecutivo la extradición activa; emitir opinión consultiva sobre procedencia o no de la extradición pasiva.
7. Resolver la recusación planteada contra los magistrados.
8. Juzgar los casos de delitos de función que prevé la Constitución.
9. Conocer de los demás casos que el código y la ley establecen.

b. *Sala Penal de la Corte Superior.*- La ley procesal establece que corresponde a las Salas Penales Superiores (art. 27):

1. Conocer de la apelación contra las sentencias y autos en los casos que prevé la ley, dictados por los jueces de investigación preparatoria y de juzgamiento.
2. Dirimir las cuestiones de competencia entre los jueces de investigación preparatoria y entre los jueces de juzgamiento, del mismo o distinto distrito judicial, correspondiendo resolver en el último caso, a la Sala penal del Distrito judicial al que pertenezca el juez que previno.
3. Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia.
3. Dictar, a pedido del Fiscal Superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiera lugar.
4. Conocer del recurso de queja que prevé la ley.

5. Designar al vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como juez de investigación preparatoria en los casos previstos por ley y realizar el juzgamiento en los mismos casos.
6. Resolver los casos de recusación promovidos contra sus magistrados.
7. Conocer de los demás casos que prevé el código y las leyes.

c. *Juzgado Penal Unipersonal o Colegiado (art. 28).-* Les corresponde:

1. Conocer de los delitos según la pena conminada para el delito.
2. A ambos les compete dirigir el juicio oral, resolver las incidencias que se presenten en el juicio y los demás casos que la ley prevé.
3. El juzgado penal colegiado conocerá de las solicitudes de refundición o acumulación de penas.
4. El juzgado penal unipersonal conocerá:
   a. De los incidentes sobre beneficios penitenciarios.
   b. De la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el Juez de Paz Letrado. También del recurso de queja que prevé la ley.
   c. Dirime las cuestiones de competencia entre los juzgados de paz letrados.

d. *Juzgado de Investigación Preparatoria*, conforme al art. 29 le corresponde:

1. Conocen de las cuestiones derivadas de la constitución de las partes en la investigación preparatoria.
2. Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria.
3. Dirigir la diligencia de prueba anticipada.
4. Dirigir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia.

5. Ejercer los actos de control de la etapa preparatoria.
6. Ordenar la inscripción -si no se hubiera hecho- del occiso en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).
7. Conocer de los demás casos que el código y la ley establecen.

e. *El Juzgado de Paz Letrado*, conoce del proceso por faltas (art. 30). Excepcionalmente y cuando no exista juez letrado, conocerán los Jueces de Paz (art. 482).

5.3. Competencia territorial

Se ha considerado como preferente y exclusiva la competencia por razón del territorio, significando con ello la realización del juicio lo más cerca posible al lugar donde se cometió el delito. De ésta manera, la autoridad judicial ejercerá mejor sus funciones, sea para las diligencias de investigación en el lugar de los hechos, para la actividad probatoria; también para la adopción de medidas coercitivas y de ejecución de la sentencia, así como para el mejor ejercicio de la defensa.

La competencia territorial presenta supuestos para su determinación siguiendo un orden de prelación excluyente. En tal sentido, se atienden a las siguientes pautas previstas en el art. 21 de la ley procesal.

1. Por el lugar donde se cometió el hecho delictuoso o se realizó el último acto en caso de tentativa, o cesó la continuidad o la permanencia del delito.
2. Por el lugar donde se produjeron los efectos del delito.
3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito.
4. Por el lugar donde fue detenido el imputado.
5. Por el lugar donde domicilia el imputado.

No habrá mayor duda cuando la acción y el resultado ilícito acontecen en un solo lugar, o se trata de un delito flagrante, pues la determinación competencial está dada. Sin embargo, puede suceder que el

locus delicti commissi no aparezca con claridad en la investigación de los hechos, y en tal sentido, la determinación competencial inicial debe de tomarse con *carácter provisional*[34] en tanto y en cuanto no se cuestione la competencia por razón del lugar de la comisión del delito.

En materia penal la doctrina ha elaborado tres teorías para dar solución a esta cuestión: la teoría de la acción, la del resultado y la de la ubicuidad. La primera, considera como lugar de comisión aquel donde se exterioriza la voluntad delictiva del agente, donde el delito se ha ejecutado, la segunda sostiene que debe considerarse el lugar donde se consuma el resultado; y la tercera, entiende que el delito se comete tanto en el lugar donde realizan los actos de ejecución como en el lugar donde se produce el resultado[35]. HURTADO POZO[36] resalta la aplicación de la teoría de la ubicuidad con criterio restringido observando la distinción que hace el legislador entre producir "efectos" (art. 5° C.P.) y producir el resultado (art. 9° C.P.).

a. *Competencia por delito cometido en un medio de transporte.*- El legislador trata de dar solución a los problemas que puedan presentarse cuando un delito se comete en un medio de transporte y existe duda para determinar con precisión la competencia territorial. El art. 22 de la nueva ley procesal establece los siguientes presupuestos:

   1. Que el delito se cometa en un medio de transporte. No se establece expresamente a qué tipo de transporte se hace referencia, comprendiéndose a toda forma utilizada por las personas para trasladarse de un lugar a otro, de una ciudad a otra (transporte aéreo, marítimo o terrestre u otro medio análogo).
   2. Que no sea posible determinar con precisión la competencia territorial; la que se presenta cuando el delito se comete en un medio de transporte que se encuentra en los límites territoriales de la demarcación judicial.

34 MORENO CATENA, V, y otros, *Derecho Procesal Penal*, citado, p.126.
35 HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho Penal*, 2ª Edición, Lima, 1987, p. 214 y ss.
36 HURTADO POZO, J, *Manual de Derecho Penal*, citado, p. 215-217.

La solución legislativa consiste en atribuir la competencia del hecho punible al Juez del lugar de llegada más próximo. En tal caso, el conductor del medio de transporte pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad policial del lugar indicado y éste a su vez informará de inmediato al Fiscal Provincial para que proceda conforme a sus atribuciones.

b. *Competencia por delito cometido en el extranjero.*- El Código Penal establece los casos en que se aplica la ley penal peruana por hechos punibles cometidos en el extranjero: 1) Cuando el agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; 2) Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la república; 3) Agravia al Estado y a la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o el orden monetario; 4) Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley Peruana, siempre que sea punible también en el estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la república; y 5) El Perú está obligado a reprimir conforme a los tratados internacionales (art. 2 C.P.).

c. *Competencia por delitos graves y de trascendencia nacional.*- El legislador ha considera de importancia regular la competencia judicial tratándose de delitos muy graves dejando al órgano de Gobierno del Poder Judicial la elaboración de un sistema de organización territorial y funcional de la competencia. En efecto, el art. 24 señala que los delitos *especialmente* graves o aquellos que produzcan *repercusión nacional* cuyos efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial o cuando se trate de organizaciones delictivas, serán de conocimiento de la autoridad jurisdiccional que haya sido prevista por el órgano de gobierno del Poder Judicial, precisando que en los casos de TID, lavado de activos, secuestro y extorsión que afecten a los funcionarios del Estado, podrían ser de conocimiento de los jueces de la capital, con independencia del lugar donde se hayan sido perpetrados.

En cualquiera de los casos, la idea central de la misma radica en la complejidad de determinados delitos, en las dificultades logísticas de traslado a la sede judicial, de espacio, de posibilidades de fuga que puedan presentarse en la sede originaria, así como la seguridad para las personas investigadas, testigos, peritos y magistrados.

5.4. Competencia por conexión

Para MORENO CATENA[37] la conexión entre distintos procesos tiene lugar "cuando existen elementos comunes, bien en relación con los imputados (conexidad subjetiva), bien en relación con los hechos delictivos (conexidad objetiva)". De esta manera respetándose los principios procesales se evitan sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Para MARTINEZ RAVÉ,[38] la conexidad procesal se produce cuando: a) hay unidad de acción y pluralidad de infracciones; b) pluralidad de acciones y pluralidad de infracciones; y c) pluralidad de acciones y unidad de infracción.

Cabe señalar entonces que la posibilidad de existencia de una pluralidad de hechos punibles justifica la previsión del legislador sobre los casos de conexión en el proceso penal, reuniéndolos en uno sólo (acumulación)[39] a fin de evitar sentencias contradictorias y dilaciones indebidas. La doctrina agrupa los casos de *conexidad* en subjetiva, objetiva y mixta.

Conexidad subjetiva

Se presenta cuando la conexión entre los distintos procesos obedece a la existencia de una relación entre imputados[40] y se pueden distinguir dos casos: 1) cuando varios individuos aparecen imputados del mismo hecho punible como autores y partícipes; y 2) cuando varios imputados han incurrido en distintos delitos en tiempo y lugares distintos, existiendo vinculación entre ellos.

37 MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 149.
38 MARTINEZ RAVE, *Procedimiento Penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 172.
39 LEONE, G., *Tratado*, citado, p. 396.
40 MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 149.

Conexidad objetiva

Exige la conexión por existencia de varios hechos delictivos relacionados entre sí. Se considera de ésta manera los delitos cometidos para procurarse los medios para cometer otros, o para facilitar o consumar su ejecución o para asegurar la impunidad.[41]

Conexidad mixta

Es aquella que resulta de la fusión de la conexidad subjetiva y conexidad objetiva, y por la cual se consideran conexos los diversos delitos que se imputan a una misma persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos, si hubiera analogía o relación entre sí y no hubieran sido sentenciados.

Los artículos 31 y 32 del CPP establecen los supuestos de conexión y la solución legislativa al respecto. Así existe conexión:

1. Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos. En tal supuesto, será competente el juez que conoce del delito con pena m as grave; y si el delito tiene igual penalidad, el juez que primero recibió la comunicación fiscal de formalización de la investigación preparatoria.
2. Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible. El legislador ha considerado que este supuesto se resuelve subsidiariamente por la fecha de comisión del delito; por el turno al momento de la formalización de la investigación preparatoria del fiscal; o por quien tuviera el proceso mas avanzado. Si los procesos se encuentra en distintos distritos judiciales, se resuelve mediante las normas de competencia territorial.
3. Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. En este caso corresponde conocer al juez

41 Véase MARTINEZ RAVE, *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá. 1994, p. 172.

que conoce del delito con pena mas grave, y si fueran de igual gravedad, al que primero recibió la comunicación de formalización de la investigación preparatoria por el fiscal.

4. Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad. El caso corresponderá al juez que conoce del delito sancionado con pena mas grave.
5. Cuando se trate de imputaciones recíprocas. Igualmente, corresponderá al juez que conoce del delito con pena mas grave y si hubiera igualdad, al que recibió primero la comunicación fiscal de investigación preparatoria.

Al lado de las citadas conexiones y criterios de competencia se regula el *concurso procesal de delitos*, de tal manera que existiendo casos de delitos sujetos a trámite distintos, el procedimiento a seguir es el que corresponde al delito más grave y tratándose de delitos que requieren del ejercicio privado de la acción penal, se siguen los mismos criterios, pero solo podrán acumularse entre ellas (art. 33); lo que equivale a decir que no cabe acumular un proceso de querella y uno ordinario.

5.5. Cuestiones de competencia

Son aquellas incidencias que se presentan durante el proceso y que buscan reconducir el conocimiento de una causa por la autoridad judicial competente; o buscan dar solución a los cuestionamientos que se presentan para su real determinación. Las cuestiones que se presentan pueden ser variadas y nuestro ordenamiento procesal penal reconoce: la declinatoria de competencia, la transferencia de competencia y la contienda de competencia. También se comprende dentro de este rubro a la acumulación.

Como se podrá observar de sus características comunes se espera que tales planteamientos se resuelvan lo más pronto posible, de allí sus términos perentorios, sin perjuicio que mientras estuviere pendiente la decisión judicial sobre la cuestión de competencia, se le permite al juez resolver la libertad o la detención del imputado o realizar diligencias urgentes, irrealizables ulteriormente o que no admitan ninguna prórroga (art. 52).

a. *Declinatoria de Competencia.*- Procede cuando el imputado, el actor civil o el tercero civil responsable, solicitan individual o colectivamente, al Juez de la Investigación Preparatoria que decline competencia a favor de otro Juez por no ser el competente por razón de la materia, de jerarquía o de territorio y se interpondrá dentro de los días de formalizada la investigación preparatoria (arts. 34, 35). El Juez citará a audiencia para escuchar a las partes y resolverá inmediatamente dentro del plazo de 2 días.

   Si se declara consentida la resolución que declara fundado se remitirá lo actuado al juez que corresponda, con conocimiento de las partes (art. 36). En todo caso, contra la resolución que dicte el Juez procede recurso de apelación ante la Sala Superior, la misma que resuelve en última instancia (art. 37). En estos casos la autoridad judicial deja de conocer del proceso porque no le corresponde y remite lo actuado a quien se considera competente, sin embargo, mantienen su eficacia los actos procesales válidamente realizados antes de la declinatoria (art. 38).

b. *Transferencia de Competencia.*- La transferencia de competencia a una autoridad jurisdiccional distinta, importa el traslado del conocimiento del caso por razones fundamentalmente de seguridad en la investigación y juzgamiento. En doctrina y legislación comparada se admiten distintos supuestos, y nuestro nuevo código procesal establece que procede únicamente cuando "circunstancias insalvables impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento o cuando sea real o inminente el peligro incontrolable la seguridad del imputado o su salud, o cuando sea gravemente afectado el orden público (art. 39). En estos casos, planteada la transferencia por el fiscal, el imputado o alguna de las partes procesales, el juez formará el incidente, pondrá en conocimiento de las otras partes y lo remitirá a la Sala Superior para que resuelva en el plazo de tres días. Tratándose de jueces de distinto Distrito Judicial o de Salas Superiores, la transferencia será resuelta por la Sala penal de la Corte Suprema (art. 41).

c. *Contienda de Competencia.*- Consiste en la facultad que tiene un Juez para pedir la competencia a otro Juez cuando éste conoce de la investigación de un delito que no le corresponde[42]. El código reconoce la contienda de competencia a) por reconocimiento; y b) por inhibición.

Señala la ley que se produce la contienda de competencia *por reconocimiento* "cuando el Juez toma conocimiento que otro de igual jerarquía también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a petición de las partes, solicitará la remisión del proceso", acompañando la copia de la resolución y los elementos de prueba pertinentes. Si acepta remitirá lo actuado; en caso contrario, lo declarará improcedente (contienda positiva) y elevará el cuaderno que forme a la Sala Superior a fin de que resuelva lo pertinente en última instancia (art. 42). La contienda de competencia *por inhibición* se produce cuando el juez considera que no es competente para conocer del caso y se inhibe, de oficio o a pedido de las partes, remitiendo lo actuado a otro juez o remitiéndole las copias pertinentes si hubiere imputado detenido. Si el segundo juez también se inhibe (contienda negativa), elevará las copias o el principal a la Sala Superior a fin de que resuelva lo pertinente (art. 43).

Además, el legislador ha considerado necesario incluir las llamada *consulta competencial* que se produce cuando un juez toma conocimiento que su superior jerárquico conoce el mismo hecho punible u otro conexo, *consultará* mediante oficio si debe remitir lo actuado; y cuando se trate de una situación inversa, es decir, el juez superior conoce que el inferior conoce del mismo delito u otro conexo, pedirá lo actuado de oficio o a petición de las partes (art. 44). Como se podrá apreciar, se pone el acento en la necesidad de unificar procesos que se encuentran ante órganos jurisdiccionales de distinta instancia bajo el *principio de la unidad en la investigación y juzgamiento* (art. 44.1 y 2). Como consecuencia de estas disposiciones competenciales no habrá duplicidad de procesos,

42 SAAVEDRA ROJAS, E., *Constitución, Derechos Humanos y proceso penal*, editorial, Gustavo Ibañez, Bogotá, 1995, p. 191.

se reducirá el esfuerzo judicial y se evitará la posibilidad de tener sentencias contradictorias.

En el mismo sentido, tratándose de procesos especiales que se siguen contra las altas autoridades que establece el art. 99 de la Constitución del Estado ante los magistrados de la Corte Suprema de la República, en la que también se encuentran involucrados personas que no tiene tal prerrogativa, serán juzgados conjuntamente con aquellos; igualmente si se trata de casos especiales seguidos ante los magistrados de la Sala Penal Superior (art. 44.3 y 4).

5.6. Acumulación y desacumulación de casos

Los casos de conexión determinan la acumulación de procesos en uno solo, la misma que se sustenta en la necesidad de sujetarse al principio de unidad en la investigación y juzgamiento, resultando absurda la tramitación de procesos conexos en sedes judiciales distintas cuando es aconsejable su acumulación[43]. Además, ello permitirá un tratamiento unitario del caso y un conocimiento integral y coherente de cada conducta perpetrada y de la personalidad de los imputados como condiciones indispensables para adecuar la pena y de esa manera se evite el riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias si se juzgara por separado[44].

El art. 46 del CPP establece que cuando en los casos de conexión hubiera procesos independientes, la acumulación tendrá lugar observando las reglas de la competencia. Pero además habría que señalar sus características más resaltantes:

a. La acumulación es *obligatoria* cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible (art. 47.1 y 31.2).

---

43 Véase GARCÍA RADA, D., *Manual*, citado, p. 59; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 151.

44 Ej. Suprema de 20 de octubre de 1997, S.P. R.N. N° 2939-97, Ancash, en Jurisprudencia Penal, ROJAS VARGAS, p. 181.

b. La acumulación será facultativa en los demás casos siempre que los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia (art. 47.2).

c. La acumulación puede ser resuelta de oficio o a pedido de parte o como consecuencia de una contienda de competencia (art. 48.1).

d. Contra la resolución que resuelve la acumulación en la investigación preparatoria procede apelación ante la sala superior, la que decide en cinco días hábiles (art. 48.2).

e. La acumulación en la fase de juzgamiento puede ser resuelta de oficio o a petición de parte; procede la apelación y la sala superior decidirá en cinco días hábiles (art. 49).

f. No procede la acumulación tratándose de procesos de trámite ordinario y otro de querella; o cuando uno de ellos corresponde a la jurisdicción ordinaria y la otra militar (art. 50).

g. La *desacumulación* es posible en casos excepcionales para "simplificar el procedimiento y decidir con prontitud, siempre que existan elementos suficientes para conocer con independencia" formándose cuadernos por separado (art. 51). Esta desacumulación se hace necesaria si se verifica la complejidad de los casos o existe demora en la realización de las diligencias o por el número de procesados de una causa acumulada con relación a la otra.

6. LA INHIBICIÓN Y LA RECUSACIÓN

La regularidad del proceso penal y su éxito se sustenta principalmente en la actuación proba de la autoridad judicial, el respeto a las normas de procedimiento, su independencia y la imparcialidad en sus decisiones. Una de las mayores ambiciones en materia penal radica en que los jueces "gocen de completa independencia y además, actúen con absoluta imparcialidad eliminando toda causa que pueda inclinar, aun inconscientemente, su decisión", a lo que se viene a llamar la *capacidad subjetiva del juez.*[45]

45 MARTINEZ RAVE, *Procedimiento Penal colombiano*, citado, p. 185.

De allí que si desde el inicio o en el curso de un proceso penal surgiera alguna circunstancia prevista en la ley procesal, que hiciera dudar de la imparcialidad del Juez que conoce del caso, debe éste apartarse del mismo *inhibiéndose*, o en su defecto, las partes tendrán el derecho de pedir su separación mediante la *recusación*. Tales criterios de imparcialidad también son exigibles de los Fiscales, por lo tanto, en los mismos supuestos, aquellos deben apartarse de conocer de sus investigaciones o de intervenir en los procesos judiciales, (art. 61.4), sin que ellos signifique la afectación al principio de legalidad constitucionalmente reconocido.

El legislador ha reunido estos dos institutos procesales de suma importancia para el proceso penal que tienden a proteger la imparcialidad del juicio: la inhibición y la recusación. En ese orden, se espera primero que el Juez o Fiscal se inhiba al conocer, por sí o por comunicación o pedido de alguna parte, de la existencia de causal legal; o, tratándose del Juez se le recuse. Tanto la inhibición como la recusación generan efectos inmediatos en el curso del proceso, pues se afectan las reglas de la competencia. Si la autoridad judicial se inhibe o se le recusa, debe de seguir conociendo otro Juez, según el caso y siguiendo las normas que establecen las reglas contenidas en la ley procesal y en las leyes orgánicas.

Las causas que dan lugar a la inhibición o recusación pueden resumirse en: a) la relación existente entre la autoridad judicial y el hecho delictivo (si ha sido agraviado o afectado por el delito o ha sido testigo del mismo); b) la relación de parentesco existente entre la autoridad judicial y las partes procesales o implicadas en el proceso; y c) la relación funcional que hubiera tenido la autoridad judicial con anterioridad al hecho que conoce (haber sido juez de instrucción, o fiscal, o intervenido como perito, testigo o defensor del imputado o agraviado).

6.1. La inhibición

La inhibición es el apartamiento de la autoridad judicial del conocimiento de la causa cuando medie circunstancia específica que motive la posibilidad de ser recusado. De tal manera que el órgano jurisdiccio-

nal consciente de que está impedido por causas ético-legales, deja de conocer un proceso penal, ya sea por autodeterminación o a instancia de parte[46].

El art. 53 del CPP es claro al señalar que los jueces se inhibirán en los casos que la misma ley establece. Las causales son las siguientes.

a. *Causales cerradas.*- La ley procesal establece las causas para la inhibición de manera taxativa.

1. Cuando el juez tuviese directa e indirectamente interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales; aún cuando tales vínculos se hayan anulado, disuelto o hayan cesado los efectos civiles del matrimonio (art. 53.1.a). Es el caso de que el juez fuera agraviado por el hecho punible; o lo fuera su pariente en los niveles de parentesco señalados o que sean las personas imputadas, resulta lógico pues que el juez no puede la autoridad que conozca del mismo. Tampoco debe admitirse que conozca de un caso cuando alguno de sus parientes tenga interés en el mismo. No cabe duda que se afecta el principio de imparcialidad.
2. Cuando el juez tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima o contra sus representantes (art. 53.1.b).
3. Cuando el juez fuera acreedor o deudor del imputado, víctima o tercero civil (art. 53.1.c).
4. Cuando el juez hubiere intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima (art. 53.1.d). El primer caso obedece a que la autoridad judicial ya ha conocido de los hechos e intervenido judicialmente sea como juez inferior o fiscal, por lo tanto, no debe de intervenir en la etapa del juicio o como vocal. El segundo caso prevé el supuesto en que el

46 MIXÁN MÁSS, F., *Derecho Procesal Penal*, T. III, citado, p. 236.

Juez haya intervenido anteriormente *en el mismo proceso* en calidad de testigo, perito o abogado de alguna de las partes.

Cabe anotar que la legislación procesal civil también regula la recusación y se puede acudir a ella de manera supletoria para alcanzar una interpretación coherente ante los casos que se susciten en la vía penal. Se establece en que casos el juez se encuentra impedido (art. 305°) y las causales de recusación (art. 307°), guardando similares consideraciones legislativas. También se establece la posibilidad del rechazo liminar de la recusación, cuando en el escrito no se específica la causal invocada, o si aquella es manifiestamente improcedente; o si no se ofrecen los medios probatorios para su acreditación (art. 314°).

De acuerdo con la misma normatividad civil, cuando un pedido de recusación se desestima, el Juez puede condenar al recusante a pagar una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal (art. 316°).

b. *Causal abierta.*- Además de éstos casos, el legislador ha previsto la *causal abierta* de inhibición (o recusación) por *temor de imparcialidad* como lo expresa ROXIN[47] cuando exista "cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad" (art. 53.1.e).

Si bien se exige el motivo *grave* de la recusación abierta, cierto es también que cualquier motivo puede ser utilizado para ello, incluso aquellos de naturaleza subjetiva (amistad o enemistad anterior o con ocasión de otro proceso judicial; el haber presentado una queja o denuncia por conducta funcional en el mismo u otro proceso; el argumentar trato desigual en el proceso; haber sido compañero de estudios de con algunas de las partes o sus abogados, etc.). Esta causal debe ser resuelta en atención a cada caso concreto y teniendo a la vista la fundamentación correspondiente que, entendemos, debe ser de tal naturaleza que posibilite el cuestionamiento sobre la imparcialidad del juzgador.

47 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, citado, p.43.

c. *Trámite de la inhibición.*- El juez de la investigación preparatoria y el juez penal se inhibirán por escrito, indicando la causal invocada, ante la Sala Superior, con conocimiento de las partes y elevando copia certificada de lo actuado. La Sala resolverá *inmediatamente* previo traslado a las partes en un plazo común de tres días (art. 53.2).

6.2. La recusación

La recusación es el instituto procesal en virtud del cual la parte procesal busca el apartamiento del juez respecto de una causa concreta, cuando dude de su imparcialidad y que debe venir sustentada por causa cierta. Desde esta perspectiva, se trata de un derecho que tienen las partes de pedirle a la autoridad jurisdiccional deje conocer del proceso a fin de que el mismo siga su curso sin cuestionamiento sobre la conducta del juez. La recusación está íntimamente vinculada al principio del juez legal, pues exige del Juez no sólo la predeterminación de su jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que conoce, sino también la ecuanimidad, rectitud e imparcialidad en su actuación funcional, es decir, idoneidad en el cargo. En caso contrario, el imputado o la parte civil, que tienen duda fundada sobre tales cualidades, tienen expedito el derecho de oponerse a aquel que conozca del proceso instaurado mediante el planteamiento de la recusación. Entonces, si el juez no se inhibe puede ser recusado por las partes. Se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

1. La recusación se formula por escrito, bajo sanción de inadmisibilidad y siempre que se sustente en alguna de las causales del art. 53 y adjuntando los elementos de convicción (prueba) pertinentes.
2. Si la recusación se interpone fuera del plazo legal será declarada inadmisible y se rechazará de plano.
3. La recusación se interpone dentro de los tres días de conocida la causal que se invoque. En ningún caso procederá luego del tercer día hábil anterior al fijado para la audiencia. Sin embargo, si después de iniciada la audiencia, el juez advierte -por sí o por las partes- de la existencia de una causal de inhibición, deberá declararse de oficio (art. 54.2).

4. En el caso de procedimiento la recusación será interpuesta dentro del tercer día hábil del ingreso de la causa a esa instancia (art. 54.3).
5. Todas las causales de recusación deben de ser alegadas al mismo tiempo (art. 54.4) lo que impide que se formulen recusaciones seguidas por causales distintas.
6. La consecuencia inmediata de la inhibición o recusación es el reemplazo del magistrado por otro, de acuerdo a ley, con conocimiento de las partes.
7. Si alguna de las partes no está de acuerdo con la inhibición o la aceptación de la recusación podrá apelar tal decisión ante la instancia superior para que resuelva dentro del tercer día. Contra esta decisión no procede ningún recurso.
8. Si el juez rechaza de plano la recusación o no está de acuerdo con ella, formará un incidente y lo elevará a la Sala Superior en el plazo de un día a fin de que resuelva en el plazo de tres días. Contra esta decisión tampoco procede recurso alguno.
9. La ley establece que la recusación contra los miembros del órgano jurisdiccional colegiado se sigue el mismo trámite y corresponderá decidir al mismo colegiado integrándose con otro magistrado. Se entiende que en tal decisión no interviene el juez que se inhibe o es recusado. Contra esta decisión no hay impugnación alguna.
10. Si la recusación fuera contra todos los jueces que integran el colegiado, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por ley. Conforme a la sistemática del código, será otro colegiado del mismo nivel.
11. Tratándose de secretarios y de quienes son auxiliares judiciales también procede la inhibición o recusación, la misma que será resuelta por el juez donde ejercen funciones, quien decidirá inmediatamente reemplazándolo durante ese trámite por el llamado por ley (art. 58).
12. Se establece que mientras este pendiente de resolver la inhibición o la recusación se podrá: decidir sobre la libertad o privación de

la libertad del imputado; actuar diligencias que sean urgentes e irrealizables posteriormente o que no permitan ninguna prórroga (art. 59).

Como se ha afirmado, la inhibición y la recusación están estrechamente ligadas a la función jurisdiccional; si existiere algún impedimento, el juez debe inhibirse; o se recusa al juez que conoce un caso o que juzga el mismo bajo las causales señaladas. Sin embargo, en atención a las funciones que ejerce el Ministerio Público en el ámbito penal -dirección en la investigación preliminar y preparatoria- también cabe la inhibición o las partes pueden pedir su inhibitoria, pues así lo establece el art. 61.4 de la nueva ley procesal: "el fiscal está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53." Debe tenerse en cuenta que en sentido amplio les afectan las mismas incompatibilidades que ha los jueces.

III. SUJETOS PROCESALES

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente a las personas que intervienen en el proceso penal se les llama partes, comprendiendo principalmente a aquellas que se enfrentan en el proceso, aludiéndose a los adversarios o contendientes, sin embargo, esta denominación no es suficiente para considerar a otras personas que participan en el proceso e incluso no comprendería al juez que, por su estatus de imparcialidad, está por encima de las partes[48]. De allí que la doctrina y el derecho comparado opta por denominar a todas aquellas personas que interviene bajo la denominación de sujetos procesales, quienes pueden ser *principales* (juez, fiscal e imputado) y *secundarios* (actor civil, tercero civil responsable y defensor), ex-

48 Véase SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal penal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, p. 199 y ss.

cluyéndose a los *terceros*[49], es decir, a los testigos, peritos, interpretes, policía judicial y auxiliares de justicia a quienes CLARIÁ OLMEDO llama "colaboradores del proceso"[50].

El nuevo régimen procesal penal, bajo una óptica acertada, define claramente el rol que cumple cada uno de los sujetos procesales, en tal sentido, dedica la sección IV "El Ministerio Público y demás sujetos procesales " del libro primero "Disposiciones Generales" a desarrollar su participación. Previamente, en la sección III "La Jurisdicción y Competencia" del mismo titulo primero, está desarrollado lo que concierne a la actividad jurisdiccional.

Si bien es cierto se incorpora el rol de la Policía Nacional en el título I, denominado "El Ministerio Público y la Policía Nacional" no debemos entender que el código pretenda darle la condición de sujeto procesal, sino que ello obedece a un criterio sistemático del legislador, en orden a la dependencia funcional de la policía al Fiscal. En el presente trabajo, el rol que cumple la Policía será tratado cuando abordemos la etapa de investigación preliminar, ya que, por excelencia, es en esa etapa de proceso, que su función, como colaborador del proceso, cobra especial relevancia.

2. EL JUEZ PENAL

En el nuevo proceso penal, la figura del juez penal adquiere especial preeminencia pues, a diferencia del sistema inquisitivo, garantiza la regularidad del procedimiento investigatorio y toma decisiones trascendentes en orden a la protección o limitación de los derechos fundamentales de la persona. CARNELUTTI refiriéndose al juez afirmaba que "no existe un oficio mas alto que el suyo ni una dignidad más imponente. Está colocado, en el aula, sobre la cátedra; y merece esta superioridad".[51]

---

49 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, citado anteriormente, p. 122.

50 CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, T. I, EDIAR, editores, Córdova, 1960, p. 426.

51 CARNELUTTI, Francisco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 27.

2.1. La intervención del juez en el proceso penal ordinario

En el nuevo proceso penal aparece como sujeto procesal principal bajo las denominaciones de juez de la investigación preparatoria, juez del juicio y juez de apelación. El juez adquiere distintos roles en el proceso, pero, principalmente se aleja definitivamente de la función de instruir (investigar) que tenía conforme al código anterior precisándose y ampliándose las posibilidades de intervención de las partes. En tal sentido, SAN MARTÍN CASTRO señala que el juez no interviene en la investigación preparatoria ni define el objeto del proceso, siendo las partes las que la delimitan e introducen los hechos y asumen la carga de la prueba.[52] El Juez pasa a ser, exclusivamente, un órgano jurisdiccional que garantiza los derechos fundamentales y procesales de las personas involucradas en la investigación preparatoria, luego decide el paso al juicio oral a través del control jurisdiccional que realiza en la etapa intermedia y finalmente, otro juez, dirige la etapa de juzgamiento.

Durante la primera fase de investigación preliminar, el Juez interviene decidiendo los pedidos del Fiscal respecto de las medidas coercitivas o cautelares que fueran necesarias; y en la fase de Investigación Preparatoria es el mismo Juez de control de dicha Investigación que controla la misma y que en esencia constituye un *juez de garantías* en el proceso penal.

Ello significa entonces, que la fase completa de investigación está a cargo de la Fiscalía; sin embargo, los momentos decisivos del proceso penal están destinados al control jurisdiccional del juez. En tal sentido, el Juez Penal cumple con funciones decisorias tradicionales pero también con otras nuevas y exclusivas de decisión ante el requerimiento fiscal o los pedidos que hacen las partes: dirige todas las audiencias en fase de investigación preparatoria, dicta las resoluciones que correspondan durante toda la investigación y además dirige el juicio y dicta sentencia. Es decir, en el proceso penal ordinario, intervie-

52 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Acerca de la función del juez en la investigación preparatoria, en Revista Actualidad Jurídica N° 146, Lima. enero 2006, p. 277.

nen: un juez de la investigación preparatoria que adopta las decisiones correspondientes durante dicha fase y también en la etapa intermedia; el juez (órgano jurisdiccional unipersonal) o tres jueces (órgano jurisdiccional colegiado) quienes se encargan de dirigir el Juicio Oral; en caso de apelación interviene un tribunal superior; y por último en los casos de casación a cargo de la Sala Suprema Penal.

2.2. Etapas del proceso penal y las funciones del Juez Penal

El *Juez de la Investigación Preparatoria* tiene funciones específicas[53] señaladas en la ley y se rige por los principios de su ley orgánica y de aquellos que inspiran en nuevo proceso penal (art. 323), entre ellos el principio de independencia, imparcialidad, contradicción, acusatorio. Se pueden señalar los siguientes aspectos resaltantes:

a. Dicta las medidas cautelares o coercitivas solicitadas por el Fiscal y las partes. También las medidas limitativas de derechos y las medidas de protección.
b. Realiza las diligencias solicitadas por el Fiscal y las partes, de acuerdo a la ley procesal (pedidos de variación de medidas de coerción, control del plazo de la investigación preparatoria, por ej.).
c. Autoriza la constitución de las partes procesales.
d. Resuelve las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
e. Dirige las diligencias sobre prueba anticipada, conforme a la forma prevista por la ley.
f. Controla el cumplimiento de los plazos procesales a pedido de las partes.

Además, *en la etapa intermedia* del proceso el Juez de la Investigación Preparatoria asume importantes funciones:

---

53 SAN MARTÍN CASTRO, César, señala como funciones: de coerción; de garantía; de instrumentación o de documentación, radicada en la instrumentación de la prueba anticipada; ordenatoria; ejecutoriedad; y de decisión. En Acerca de la función del juez en la investigación preparatoria, citado p. 283.

a. Dirige la audiencia preliminar cuando el fiscal emite su acusación y esta es objeto de observación o cuestionamiento por las partes. Se trata de la audiencia de control de la acusación. En la misma diligencia se pueden deducir medios de defensa técnicos contra la acción penal (art. 351, 352) e incluso esta última disposición faculta al Juez, de oficio, a decidir el sobreseimiento del proceso.

b. Resuelve el pedido de sobreseimiento total o parcial del proceso a pedido del Fiscal y previa audiencia con intervención de las partes (art. 344 – 346).

c. Dirige la diligencia de prueba anticipada, con intervención de las partes acreditadas.

d. Dicta el Auto de Enjuiciamiento, cuyo contenido radica en la citación a juicio, la fecha (que no será la más próxima no menor a 10 días) y hora del mismo, la sede judicial, las personas que deben concurrir y los apercibimientos que correspondan.

En la etapa del juzgamiento, sea el Juez unipersonal o colegiado le corresponde:

a. La dirección del juzgamiento, cuidando el respeto al debido proceso y demás principios constitucionales.

b. La dirección y control del juicio y de la actividad probatoria.

c. El uso de medios disciplinarios si fuere el caso.

d. La resolución de las incidencias que se presenten en el juicio.

e. La deliberación y resolución final o sentencia.

f. La concesión de los medios impugnatorios, cuando corresponda.

Naturalmente, en el nuevo proceso penal las funciones que asume el Juez Penal en sus distintos niveles de actuación no son nuevas, pero sí muy importantes pues como se ha dicho, controla la investigación preparatoria, dicta las medidas cautelares y realiza audiencias con tal propósito, dispone el apersonamiento al proceso, dirige la etapa intermedia del proceso, puede decidir el archivo del proceso, dirige el juzgamiento y dicta sentencia. Además conocer en instancia de apelación

de las incidencias que se promuevan durante el proceso e interviene en los procedimientos especiales.

Como se puede apreciar, no es que las funciones del órgano jurisdiccional se reducen, creemos que, al contrario, se amplían para asumir el control de las tres etapas centrales del nuevo proceso penal.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. Diseño constitucional

El Ministerio Público o Fiscalía de la Nación es un organismo autónomo constitucional que, principalmente, defiende la legalidad y los intereses tutelados por el derecho.

La Fiscalía nace como ente autónomo y separado del Poder Judicial con la Constitución de 1979 y se mantiene en sus contornos normativos e institucionales con la carta constitucional de 1993. De acuerdo con dicha Constitución Política ejerce el *monopolio* del ejercicio público de la acción penal: promueve de oficio, o a petición de parte, la acción penal (art. 139.1,5); conduce o dirige la investigación del delito (art. 139.4).

Esta titularidad es exclusiva del Ministerio Público, de tal manera que la acción penal, - entendida como el derecho público subjetivo de acudir ante la autoridad jurisdiccional requiriendo su intervención- en su *ejercicio* público está a cargo del Fiscal y ninguna otra autoridad o persona puede ejercerla. En el nuevo proceso penal, no sólo conduce la investigación del delito y comunica al juez del inicio de la investigación preparatoria, sino que además asume el ejercicio público de la acción, la cual manifiesta a plenitud cuando el fiscal formula el requerimiento de la acusación escrita.

Hay que señalar que el ejercicio *privado* de la acción está reservado a la parte agraviada que es la única autorizada a recurrir directamente ante el Juez Penal bajo la denominación de *querellante particular*, siguiendo las reglas del art. 459° y siguientes del nuevo código. En este procedimiento especial no interviene el Ministerio Público.

3.2. Principios que orientan su actividad

Los principios que rigen la actuación del Ministerio Público son los siguientes:

a. *Principio de Legalidad.*- Nuestro sistema jurídico procesal penal se rige bajo el principio de legalidad u obligatoriedad. Conforme a este principio, toda conducta delictiva debe ser objeto de investigación, persecución penal y sanción. En tal sentido, desde una perspectiva procesal, todo hecho con características de delito debe ser investigado y sancionado. Esta persecución está a cargo de la autoridad oficial que es el Ministerio Público, bajo el principio de investigación oficial, pues el Estado a partir de la Constitución le ha delegado dicha tarea.

   Este principio rige durante todas las etapas del proceso penal y se puede afirmar que se mantiene en tanto el representante del Ministerio Público dirige la investigación del delito hasta que propone el sobreseimiento del proceso o se decide por la instancia superior en caso de consulta; o cuando se dicta sentencia condenatoria y expresa su conformidad con la misma (salvo impugnación donde posibilita la intervención del fiscal superior); o existiendo sentencia absolutoria, no impugna, o, como veremos mas adelante, aplica criterios de simplificación en el proceso penal tendientes al sobreseimiento.

   Este principio encuentra un freno procesal al instituirse desde una perspectiva de política criminal otra institución que permite la no continuación de tal persecución, conocida bajo el nombre de *principio de oportunidad.* Ciertamente, el Estado y su organización judicial no puede hacer frente a todos los casos de criminalidad que se presentan en la sociedad y haciendo una clasificación de las conductas delictivas, selecciona aquellas que no generan una alarma social o interés público sobre su punición; que amplían la carga procesal y que, por lo tanto merecen un trato y solución distintos por los interesados, pero con intervención del Fiscal.

b. *Principio de Objetividad.*- Este principio resulta fundamental en la actuación del Ministerio Público. El art. IV apartado 2 estable-

ce que el Fiscal "está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Mas adelante, se reafirma este principio cuando establece la ley que el Fiscal "adecua sus actos a un criterio objetivo" (art. 61°).

La *objetividad* de su función plasmada en muchos casos en sus propias decisiones debe ser principio rector para decidir el inicio de una investigación preliminar o preparatoria, o decidir las diligencias necesarias o recopilación de elementos probatorios para alcanzar los fines del proceso y, principalmente, para formular el requerimiento acusatorio.

En el ámbito de la persecución penal ubicada en la investigación preliminar, debe de actuarse bajo dato objetivo, cierto o verificable a partir de los cuales se pueden elaborar hipótesis de trabajo, de tal manera que las diligencias o actuaciones fiscales inmediatas se encuentren orientadas a alcanzar ese mínimo probatorio necesario para iniciar formalmente una investigación preparatoria. Debe existir dato cierto, aunque sea mínimo, para investigar una denuncia de estafa, robo, falsificación, sexual o tráfico de influencias, por ejemplo. No se trata de lo que diga el texto de la denuncia de parte, sino de lo que se evidencia de su contenido o de lo que aparezca de las primeras diligencias de investigación. No se descarta de plano el elemento o carga subjetiva en la función de investigar, pues está implícita en la elaboración de las hipótesis de trabajo.

Pero también es cierto que ya dentro de un proceso penal, sea la fase preparatoria o intermedia, la decisión fiscal, sobre todo aquella que significa la acusación escrita o la opinión de archivo del proceso, debe de sustentarse en la existencia de medios probatorios o en la carencia de los mismos. Es claro que si no existen elementos de prueba para sustentar una acusación es mejor optar por la opinión de archivo del proceso, o en su caso, la ampliación de la investigación preparatoria, señalando las diligencias que deben de producirse. Si se ha desvirtuado la incriminación inicial, la opción de culminar con la acción penal es la adecuada.

c. *Principio de independencia e imparcialidad.*- El texto procesal señala que el Fiscal "actúa en el proceso penal con independencia de criterio (...) rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley; sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación" (art.61.1). Conforme al principio de *independencia*, la autoridad Fiscal, al igual que el juez, se rige por la Constitución y la ley, máxime si uno de los principios rectores del Ministerio Público es la defensa de la legalidad. Este apego a la ley rige durante toda su actuación en el proceso penal: inicio de la investigación preliminar, preparatoria y cuando formula la acusación o decide por el sobreseimiento. Comprende no solo los principios rectores que nacen de la Constitución, sobre todo aquellos referidos a los derechos fundamentales de la persona y a la función judicial (arts. 2° y 139°) que sean pertinentes, sino también a los Convenios o Pactos Internacionales, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina que imprime el Tribunal Constitucional peruano.

El principio de *imparcialidad* exige que el Fiscal en tanto órgano judicial que dirige la investigación preliminar y preparatoria actúe como órgano neutral, asegurando a las partes su libre acceso a la causa, posibilitando en ellos la misma oportunidad de recursos y ofrecimiento de pruebas, las notificaciones así como su intervención en las diligencias que le son propias.

La imparcialidad exige que el Fiscal no se incline a favor de alguna de las partes, de lo contrario, cabe que se le pida o que se inhiba o se excuse de seguir conociendo del caso. Conforme a la nueva ley procesal, sólo los jueces pueden ser recusados (art. 53°), sin embargo, el Fiscal Superior, previa indagación, puede disponer el reemplazo del Fiscal cuando incurra en causal de recusación establecida para los jueces (art. 62°.1).

De otro lado, se debe señalar que cuando el Fiscal formula acusación su posición cambia, pues asume ya la función de *parte* que sustenta un pedido de pena y reparación civil contra el acusado, lo que permite establecer dos posiciones generalmente encontradas,

pues existe la posibilidad de que éste último se allane a la acusación. Nos encontramos aquí ante un típico antagonismo procesal de naturaleza acusatoria en el juicio oral donde el Fiscal ya es parte.

d. *Principio de Unidad.*- Conforme a este principio, se pretende la uniformidad en la forma de actuación fiscal, incluso en los criterios que debe asumir, aunque respetando su independencia. El Ministerio Público actúa como un todo ante a la sociedad y ante la judicatura[54]. En su rol de director de la investigación y su intervención en el juzgamiento, los representantes del Ministerio Público pueden intervenir (respetando sus jerarquías y competencias) en las diligencias de investigación y las judiciales e incluso delegar funciones o ser reemplazados, sin que ello afecte al proceso penal.

   De allí que se posibilite la participación de los Fiscales Adjuntos en las distintas actuaciones que le corresponde desarrollar. Incluso, en casos de urgencia, ante la comisión de un hecho delictivo de gran envergadura o suceso fatídico que requiera de la intervención de un número mayor de Fiscales, puede disponerse la intervención de distintos representantes de la Fiscalía, a fin de cumplir con sus funciones. En el nuevo proceso penal, este principio adquiere singular importancia debido a la forma corporativa de la actuación fiscal en la investigación y juzgamiento de los delitos.

e. *Principio de Jerarquía.*- Este principio no se encuentra relacionado necesariamente a los niveles jerárquicos existentes en el Ministerio Público, sino con las distintas formas de instrucciones y de control que existen entre ellos en atención al ejercicio funcional, de tal manera que los fiscales superiores y supremos -que son competentes por conocimiento del caso en grado- están en una posición funcional de impartición de instrucciones al fiscal inferior a fin de que se cumplan debidamente sus funciones, y todos lo están respecto del Fiscal de la Nación.[55]

---

54 BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 304.

55 Sobre este principio y el de autonomía, véase la Sentencia del Tribunal Constitu-

Esta relación jerárquica conlleva dos situaciones específicas: a) la posibilidad de que el superior controle la actuación del fiscal de cargo inferior; y b) el deber de obediencia de los subordinados respecto de aquél[56]. Este control jerárquico se manifiesta cuando el superior conoce del caso en común y en la forma prevista procesalmente, de manera tal que pueda orientar o instruir al inmediato inferior; o, cuando la máxima autoridad imparta las instrucciones generales o específicas que considere necesarias para la debida marcha institucional y procedimental, sin que ello afecte su independencia de criterio.

4. EL IMPUTADO Y SU DEFENSA

4.1. Concepto

El imputado es la persona sobre la cual recae la incriminación de un hecho punible y la investigación. También se le puede llamar procesado y acusado durante la etapa del juzgamiento.

Sobre este sujeto procesal gira la relación jurídica aunque su presencia no es indispensable para el inicio y continuación del proceso[57]. Debe ser debidamente identificado desde el primer momento de la investigación preliminar. También se deben conocer sus datos personales, señas particulares, sus impresiones digitales (cuando sea necesario); en caso de negarse a proporcionar dicha información o lo hace falsamente, se faculta el empleo de testigos u otros medios útiles para conocer de su identidad (art. 72). Sobre todo, en la primera fase de investigación deben de agotarse los esfuerzos a fin de conocer debidamente la identidad del imputado; las razones son obvias: el proceso penal debe seguirse contra persona verdadera y con cargos de imputación, verificados; y evitar confusiones o inexactitudes que puedan dar origen a que, por

cional, Exp. N° 6204-2006-PHC/TC, Loreto, caso Chávez Sibina, de 9 de agosto de 2006.

56 ILANUD, El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno, San José Costa Rica, 1991, p. 88.

57 Véase SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 140 y ss.

ejemplo, se inicie proceso contra persona distinta e incluso se ordene alguna medida coercitiva, tratándose de evitar los efectos dañinos que trae la homonimia.

4.2. Derecho de defensa. Manifestaciones

El derecho a defenderse esta con el imputado desde que es sometido a investigación y hasta la culminación del proceso, pues al igual que la legislación vigente, con el nuevo texto, ejerce el derecho a la última palabra (art. 391.1).

Cabe reiterar que el derecho a la defensa tiene base constitucional y supranacional, pues al detenido no se le puede privar del derecho de defensa en ningún estado del proceso y se le tiene que informar "inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad" (art. 139.14 Const.), además, el debido proceso que se consagra en la Constitución (Art. 139.3) otorga a este derecho una cobertura muy amplia y hasta ha merecido jurisprudencia reiterada no sólo del Tribunal Constitucional, sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este Derecho se encuentra regulado además, en el Titulo Preliminar del Código Procesal, en cuyo art. IX establece que "Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informen de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad." Ha de resaltarse aspectos específicos que comprende el derecho de defensa y que el nuevo código recoge de manera especial: derecho a un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir en plena igualdad en la fase probatoria; a utilizar los medios de defensa que la ley establece e intervenir en cualquier momento del procedimiento incluso en las impugnaciones, conforme a la ley.

Se introduce el derecho a no declararse culpable, tampoco a admitir la culpabilidad de su cónyuge o parientes cercanos (hasta el cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad). Tiene derecho además, a que se le informe del proceso, a conocer de la acusación fiscal, a la defensa técnica y su remoción, a impugnar la sentencia, entre las principales.

Como se puede apreciar, el imputado tiene derecho a defenderse desde que nace la imputación, sobre todo, cuando se ha instaurado el proceso y la ley procesal prevé expresamente la forma en que debe de hacerlo. Pero además de lo dicho, el imputado puede hacer uso de la defensa técnica, es decir, de su defensor particular o defensor público (de oficio); en tal sentido, el letrado puede intervenir en las iniciales diligencias de investigación, informarse de los cargos de imputación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas, y durante el proceso penal, todas las posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones con la otra parte.

Es necesario señalar que el nuevo Código obliga a los jueces, fiscales y a la policía que deben de hacer conocer al imputado, de manera inmediata y comprensible sus derechos. En consecuencia, habrá que dejar de lado los tecnicismos para hacer que el imputado comprenda -utilizando los términos más sencillos, de ser el caso- no sólo de los cargos en su contra y la investigación o proceso penal que se le sigue, sino también y sobre todo los derechos que la ley le reconoce. En consecuencia tiene:

a. Derecho a conocer los cargos formulados en su contra; de la causa o motivos de su detención, entregándole la orden de detención en su contra cuando corresponda.

b. Derecho a designar a la persona o institución a la que debe de comunicarse inmediatamente su detención.

c. Derecho a ser asistido por un Defensor desde la investigación inicial.

d. Derecho a no declarar o pedir la presencia de su defensor para hacerlo.

e. Derecho a que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sujeto a métodos que sometan su voluntad.

f. Derecho a ser examinado por un médico legista o profesional de la salud, cuando su estado de salud a sí lo requiera.

4.3. Abogado defensor. Derechos

De otro lado, el Abogado defensor del imputado, por su función misma, tiene derecho:

a. A interrogar directamente a su defendido, así como a los testigos y peritos.

b. A ser asistido por un perito particular en las diligencias en las que sea necesario y pertinente.

c. A participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.

d. Aportar medios de investigación y de prueba pertinentes.

e. A presentar escritos o peticiones orales en temas de mero trámite.

f. A tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, con las limitaciones previstas en al ley, así como obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.

g. A ingresar a los establecimientos penales o dependencias policiales para entrevistarse con su patrocinado.

h. A expresarse con libertad, sea por escrito u oralmente, sin ofender el honor de las personas.

i. A interponer las excepciones o recursos que permite la ley.

Como se podrá apreciar se establecen amplios derechos que asisten a los defensores para hacer mejor su patrocinio a favor del imputado, de esa manera se da estricto cumplimiento lo dispuesto por la carta constitucional.

5. LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Código procesal introduce la figura de la persona jurídica como sujeto procesal, con la finalidad de posibilitar la aplicación de lo dispuesto por los artículos 104 y 105 del Código Penal, relativo al comiso de beneficios a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias que regula la ley penal. Conforme al texto punitivo y la reciente doctrina penal que se ha elaborado, la persona jurídica puede ser pasible de sanción económica debido a que se faculta al juez a decretar la privación de los beneficios obtenidos cuando fueran consecuencia de hecho punible cometido en el ejercicio de su actividad por funcionarios o dependientes, en cuanto fuere necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes (art. 104). También se establecen determinadas medidas a ser impuestas por el Juez cuando el hecho punible fue cometido en ejercicio de la actividad de cualquier empresa jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo (art. 105). Estas medidas son las siguientes:

a. Clausura de sus locales sea temporal o definitivo.
b. La clausura temporal no puede exceder de cinco años.
c. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
d. Suspensión de sus actividades por un tiempo no mayor de dos años.
e. Prohibición de tales instituciones de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición será temporal o definitiva, la primera no será mayor a cinco años.
f. En estos casos, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

La ley procesal establece la forma en que dichas personas jurídicas deben ser emplazadas y comprendidas en el proceso a requerimiento del Fiscal una vez iniciada la investigación preparatoria. Dicha petición la hace al Juez y hasta antes de concluir dicha etapa procesal, debiendo

proporcionar los datos de la persona jurídica, la relación existente con los hechos que investiga y la fundamentación legal pertinente. El Juez hará conocer de tal pedido a la persona jurídica, convocará la realización de una audiencia, escuchará a las partes intervinientes y emitirá la resolución que corresponda (art. 90, 91).

Si la resolución judicial comprende a la persona jurídica, se le pedirá que designe un apoderado judicial a fin de que intervenga en el proceso, prohibiéndose asumir tal función a la persona natural que se encuentre procesada por los mismos hechos. Si habiéndose hecho el requerimiento, no se hace la designación, el juez nombra apoderado judicial (art. 92).

Por último, debe señalarse que la persona jurídica goza de todos los derechos y garantías que la ley procesal concede al imputado; en tal sentido, puede interponer los recursos y hacer las peticiones u ofrecimiento de pruebas que la ley reconoce. Su situación jurídica se define con la sentencia.

6. LA VÍCTIMA. EL AGRAVIADO Y EL ACTOR CIVIL

La víctima es aquella persona, grupo, entidad o comunidad afectada por la comisión del delito, aunque no sea específicamente la tenida en cuenta por el sujeto activo del delito[58]. Comúnmente es la persona que sufre la acción delictiva y aparece en el proceso penal como agraviado; en el caso de robo o agresión sexual, interviene el afectado directamente, es decir, la víctima del delito; en el caso de homicidio, intervienen el familiar más cercano de la víctima, debidamente acreditado; en el caso de una empresa, su representante.

El código define al agraviado y dice que es todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la ley designe. También son

58 MARTINEZ – ARRIETA, Andrés, *La víctima en el proceso penal*, en Revista Actualidad Penal N° 4, semana 22-28, enero, España, 1990, p. 44.

considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan (art. 94). Se comprenden a las asociaciones de derechos humanos o de protección ambiental u otras que defienden intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto social que se vincule directamente con los intereses de la víctima u ofendido y haya sido reconocida o inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.

El Titulo Preliminar del Código también establece que se garantiza el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal de la persona agraviada o perjudicada por el delito y obliga a la autoridad pública a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición (art. IX.3).

Entre los derechos del agraviado deben señalarse los siguientes:

a. A ser informado de los resultados del procedimiento aún cuando no haya intervenido en él pero que lo solicite.
b. A ser escuchado antes de cada decisión judicial que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.
c. A recibir un trato debido y respetuoso, conforme a la dignidad que tiene una persona; a la protección de su integridad y la de su familia. Se preservará su identidad en los casos de agresión sexual.
d. A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
e. Debe ser informado de sus derechos cuando interponga una denuncia.
f. Debe ser informado de su derecho a declarar ante la autoridad judicial.
g. Tratándose de menores o incapaces, tiene derecho a ser acompañado de persona de su confianza.

Al lado de los derechos que tiene el agraviado, le corresponde declarar como testigo en el proceso penal, cuando sea citado.

El *actor civil* es la persona legitimada para intervenir en el proceso penal y reclamar la reparación civil. Es todo órgano o persona

que deduce en un proceso penal una "pretensión patrimonial" ante la comisión de un delito imputado al autor.[59] El agraviado, sus parientes cercanos o las organizaciones afectadas en los intereses colectivos o difusos solicitan al Juez de la Investigación Preparatoria su constitución como actor civil, quien dicta a resolución que corresponda.

El actor civil tiene los mismos derechos que se reconocen al agraviado; está facultado para pedir la nulidad de lo actuado, ofrecer medios de investigación y de prueba, participa en las diligencias judiciales de la investigación y del juicio oral, interpone recursos, pide reparación civil.

Por último, se establece taxativamente que la constitución de actor civil le impide acudir a la vía extra-penal para presentar demanda indemnizatoria; en tal sentido, no puede utilizar las dos vías judiciales para una misma finalidad. Sin embargo, se le permite ir a la vía civil si antes de la acusación fiscal se desiste de continuar su pretensión en el proceso penal.

7. EL QUERELLANTE PARTICULAR

Este sujeto procesal es propio de los procedimientos privados o por ejercicio privado de la acción penal en donde su ejercicio esta reservado exclusivamente al agraviado u ofendido por el delito. El art. 107 establece expresamente que "el directamente ofendido por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio." En estos casos el Ministerio Público no interviene.

Doctrinariamente se denomina a dicho sujeto procesal el querellante particular, al procedimiento especial, querella y a la persona denunciada querellada. El procedimiento es muy sencillo y rápido. Además de ser un requisito que el querellante sea el titular de la acción, la ley exige como contenido de la querella:

59 MORENO CATENA V., *Derecho Procesal Penal*, con GIMENO SENDRA, Colex, 1997, p. 178.

a. La identificación acreditada del querellante o su representante, con indicación del domicilio real y procesal.

b. El relato de los hechos, las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión, así como la identidad del querellado.

d. La pena y reparación civil que pretende.

e. El ofrecimiento de la prueba que sustente su querella.

Sobre la figura del querellante particular gira toda la pretensión penal. Tiene facultad para participar en las diligencias judiciales, ofrecer la prueba, interponer recursos y medios impugnatorios. La ley procesal le concede la posibilidad de intervenir en el proceso a través de un apoderado designado especialmente para tal efecto (art. 109.2).

Cabe resaltar que siendo el querellante el único sujeto procesal que puede iniciar el procedimiento, por el carácter dispositivo del mismo, también puede decidir dar por concluida su pretensión penal. En este sentido, el nuevo código contempla establece el *desistimiento* que se puede presentar bajo dos formas: a) expresamente, en cualquier estado del procedimiento, pero sin perjuicio de pagar las costas procesales; y b) tácitamente, cuando deja de concurrir a las diligencias sin haber justificado su inasistencia o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia.

8. EL TERCERO CIVIL

El tercero civil es aquel sujeto procesal que interviene en el proceso por tener alguna relación o vinculación con el imputado del delito y que por dicha consideración coadyuva con el pago de la reparación civil. Es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la comisión del delito interviene en el proceso para responder económicamente a favor del agraviado, a titulo de garante. Como señala GIMENO SENDRA, es la parte pasiva de la pretensión civil acumulada al proceso penal con capacidad para defenderse de la pretensión de resarcimiento.[60]

60 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 159.

Su incorporación al proceso penal obedece entonces a garantizar el pago de la reparación civil y cuando lo pida el Fiscal o el actor civil. De allí que la ley señale que "las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal, a solicitud del Ministerio Público o del actor civil" (art. 111). Naturalmente se requiere que el tercero sea debidamente identificado y se establezca su relación con el imputado.

El Juez Penal deberá evaluar la necesidad de comprenderlo y dictará la resolución correspondiente. Conforme a ley sólo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civil responsable.

Este sujeto procesal también tiene los mismos derechos y posibilidades de actuación que el proceso penal concede al imputado. El hecho de que no se apersone al proceso o haga caso omiso a los requerimientos de la autoridad judicial, no lo liberan de su responsabilidad civil al momento de dictarse la sentencia, pues como lo señala la ley "queda obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia" (art. 113.2). Se introduce en el texto procesal la figura del *asegurador*, el mismo que podrá ser llamado como tercero civil responsable, si éste ha sido contratado para responder expresamente por el imputado (art. 113.3).

Capítulo II

LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y PREPARATORIA

I. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La investigación preliminar constituye una de las fases de mayor importancia en el proceso penal, pues muchas veces decide la sentencia penal. Esta compuesta de los pasos iniciales de toda investigación penal y comprende las primeras declaraciones, actuaciones investigatorias y aseguramiento de los primeros elementos de prueba; los mismos que van a ser sustanciales para la decisión fiscal posterior de acusación o sobreseimiento de la causa.

Se trata de una investigación inicial a consecuencia de la denuncia que se presenta ante la autoridad Fiscal o policial, o cuando tales autoridades proceden de oficio, es decir, cuando por iniciativa propia deciden dar inicio a los primeros actos de investigación. Esta etapa está a cargo del Ministerio Público, representada por el Fiscal, quien la dirige y cuenta con el apoyo de la Policía Nacional, con la que coordina su actuación conjunta, por eso cuando la Policía interviene de oficio, tiene el deber de dar cuenta al director de la misma.

La importancia de esta etapa radica en la necesidad estatal de perseguir la conducta delictuosa; de conocer de toda denuncia con características de delito, con la finalidad de verificar su contenido y verosimilitud; de conocer de las primeras declaraciones; de recoger los primeros elementos probatorios; de asegurar los mismos; de adoptar las primeras medidas coercitivas o cautelares; y de decidir seguidamente si existen

elementos probatorios suficientes para continuar con la investigación del delito y sus autores.

Por ello resulta realmente importante que todas las diligencias se realicen con las garantías propias del debido proceso y respeto a los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, la intervención de la defensa constituye unas de las garantías más importantes para las partes involucradas.

En esta etapa de actos iniciales de investigación se posibilita la intervención del Juez Penal (de la Investigación Preparatoria) en el ámbito de las decisiones sobre medidas de coerción penal o cautelar, pues es la autoridad jurisdiccional la única que posee facultades de coerción dentro del proceso penal.

2. RÉGIMEN DE LA DENUNCIA

La denuncia, en materia penal, posee connotación procesal, da origen a una actividad específica de los órganos públicos encargados de la investigación penal. El profesor español MONTERO AROCA[61] la denomina denuncia procesal penal y la considera como aquella declaración de conocimiento acerca de la noticia de hechos que podrían ser constitutivos de delito o falta que se hace ante el órgano jurisdiccional, órgano del Ministerio Público o ante la autoridad policial. En nuestro sistema el destinatario de la denuncia por delito de naturaleza pública es el Ministerio Público y la Policía.

La acción de denunciar un hecho que reviste las características del delito, es decir, de transmisión de ese conocimiento puede ser tomado como una facultad o como una obligación. Como *facultad* cualquier persona puede denunciar hechos delictuosos ante autoridad respectiva, sólo cuando se trata de delitos cuyo ejercicio de la acción penal sea de carácter público. Como *obligación* la ley procesal enuncia quiénes se encuentran obligados a denunciar: a) los obligados por expreso mandato

61 MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal.*, Tomo III, Edit. Bosch, Barcelona, 1994, p. 148

de la ley, en especial los profesionales de la salud y los educadores por los delitos que conozcan en el desempeño de su respectiva actividad; b) los funcionarios en ejercicio de sus atribuciones, o por razón de su cargo, tomen conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo (art. 326).

Sin embargo, en atención al sujeto, hay quienes se no se encuentran obligados a denunciar. Ningún sujeto esta obligado a formular denuncia contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuatro grado de consanguinidad o segundo de afinidad, asimismo, no están obligados a denunciar los profesionales que conozcan de hechos delictivos amparados por el secreto profesional.

En cuanto al contenido y forma de la denuncia, es de precisar lo siguiente (art. 328):

a. El denunciante debe ser plenamente identificado, puede ser una persona natural o jurídica.

b. La denuncia debe contener una narración detallada y veraz de los hechos, y, en caso de ser posible, la individualización del presunto responsable

c. La denuncia puede ser formulada por cualquier medio. En caso que sea *escrita* el denunciante deberá firmar y colocar su huella digital, por otro lado, si es verbal se registrará en el acta respectiva. La ley establece que si el denunciante no puede firmar, colocará su impresión digital, dejando constancia del motivo del impedimento.

La falta estos requisitos, sólo afecta la denuncia en cuanto acto imputativo; sin embargo si el proceso ya se hubiera iniciado, la irregularidad de la denuncia, no puede afectar lo actuado con posteridad[62]. La individualización inicial del sujeto activo del delito -en la denuncia- no es exigible, pues uno de los objetivos de la investigación preliminar es indivualizarlo, de ahí que el código mencione lo siguiente: "[...] y -de ser posible- la individualización del presunto responsable".

62 SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*. Volumen I., segunda edición, Grijley, Lima, 2003, p. 466.

3. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA

3.1. Rol del Ministerio Público

Como ya se ha dicho, el Ministerio Público, de acuerdo con la Constitución Política, ejerce el monopolio del ejercicio público de la acción penal: promueve de oficio, o a petición de parte, la acción penal (art. 139.1,5); conduce o dirige la investigación del delito (art. 139.4). Esta titularidad es exclusiva del Ministerio Público que actúa conforme a las funciones constitucionalmente reconocidas, su ley orgánica y la ley procesal[63].

En la etapa de investigación preliminar, el Ministerio Público se rige bajo sus principios, de los cuales resaltan los de legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad.

La intervención del Ministerio Público durante la investigación preliminar se encuentra regulada en los artículos 329 a 333 principalmente[64]. Sus principales características son:

a. La investigación está bajo la dirección o conducción del fiscal y cuenta con el apoyo de la Policía Nacional. En el caso que la Policía, directamente, tome conocimiento del acaecimiento de un hecho delictivo tiene la obligación de dar cuenta de inmediato al Fiscal, "sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal." (art. 67.1). Aquello significa que, ante la denuncia de un hecho delic-

63 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 6167 – 2005 – PHC/TC, caso Cantuarias Salaverry, de 28 de febrero de 2006. Se afirma que para valorar la actuación fiscal "se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional." En la misma línea de la doctrina constitucional se afirma que el grado de discrecionalidad atribuido al Fiscal para que realice la investigación se encuentra sometida a principios constitucionales que prohíben la arbitrariedad.

64 Véase ANGULO ARANA, Pedro. *La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

tivo o cuando la policía toma conocimiento del mismo, se deben de realizar las diligencias inmediatas necesarias,[65] poniendo en conocimiento de los mismos al fiscal, quien podrá intervenir en las diligencias o esperar la remisión del Informe policial.

b. El fiscal puede iniciar la investigación a instancia de la parte denunciante o de oficio. Sobre esta última posibilidad ha de resaltarse que las informaciones periodísticas que se hacen públicas a través de los medios de comunicación social escrito o televisivo, constituyen denuncias que deben ser evaluadas por el Ministerio Público para iniciar una investigación.

c. Esta etapa requiere de diligencias preliminares, las mismas que bajo la dirección del Fiscal, las asume directamente, o las delega a la policía, con las instrucciones específicas necesarias.

d. La finalidad de estas investigaciones es la de practicar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente (art. 330.2).

e. La dirección y responsabilidad de la investigación preliminar faculta al Fiscal a constituirse inmediatamente al lugar de los hechos, con el personal y medios necesarios para iniciar su indagación, asegurado los elementos probatorios; puede ir acompañados de los peritos especializados para los exámenes correspondientes y, en la medida de lo posible, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores.

---

65 En realidad, ante una denuncia o actuación de oficio, sobre todo en los casos graves, la policía debe de proceder a investigar, es decir, adelanta la investigación en tanto se comunica al Fiscal. En la misma línea de pensamiento, el Fiscal podrá rechazar aquellas denuncias de parte por hechos que, de plano, no tienen las características de delito. De otro lado, sería incorrecto que la policía derive todas las denuncias que lleguen a su sede a la fiscalía para su calificación previa.

f. Conforme a lo dicho, el Fiscal puede recibir declaraciones, pedir informes a instituciones públicas y también privadas, disponer la práctica de pericias, realizar reconocimientos en los lugares donde se cometió el delito, asegurar las pruebas, organizar operativos con la policía, pedir al juez penal la adopción de medidas coercitivas preliminares, entre otras.

Como se podrá apreciar, las funciones encomendadas al Fiscal en esta etapa en particular, ya son asumidas por el Ministerio Público[66]. Lo que hace el legislador es resaltar tales actividades bajo su control y responsabilidad.

Es importante señalar que en la práctica, presentada una denuncia a la Fiscalía, el fiscal puede -sobre la base de los recaudos presentados- abrir investigación penal o denegarla de plano. Excepcionalmente, puede dictar una *Disposición de Reserva Provisional* (art. 334.4) a fin de que se satisfaga un requisito de procedibilidad (como es el caso de la debida notificación al obligado, en la denuncia de omisión de asistencia familiar).

También puede denegar la denuncia archivándola de plano cuando no se satisfacen los presupuestos del tipo penal. En tal sentido si el bien patrimonial afectado no alcanza al mínimo remunerativo exigido por la ley, las lesiones no requieren de atención facultativa ni descanso médico, los hechos tienen contenido civil, etc., es decir, si el caso denunciado carece de los presupuestos mínimos del tipo penal o su contenido es de naturaleza distinta, se puede rechazar de plano, pero, igualmente, se deberá comunicar tal decisión al denunciante a efecto de que tenga la posibilidad de impugnación.

3.2. Rol de la policía

En el texto del nuevo código se pone de relieve la actuación de la policía en su *función investigadora* para diferenciarla de las demás funciones que desarrolla. Durante la etapa de investigación preliminar

66 En la actualidad, en los Distritos Judiciales donde no se aplica el modelo del NCPP 2004.

y preparatoria la Policía Nacional tiene un rol sumamente importante pues coadyuva a la labor de investigación fiscal y en la práctica realiza directamente aquellas dispuestas por el Ministerio Público así como las que inicia o adelanta antes de la intervención Fiscal. En efecto, la policía por iniciativa propia puede intervenir en un hecho que considera delito, adelantar la investigación y dar cuenta inmediata al Fiscal. Establece la ley procesal la obligación de apoyar al Ministerio Público para llevar acabo la investigación preparatoria (art. 67.2)

La ley nueva procesal le faculta a realizar las diligencias que son urgentes e imprescindibles para impedir sus consecuencias y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley penal (art. 67.1).

Las atribuciones de la policía se encuentran reguladas principalmente en el artículo 68 del nuevo código procesal. Entre ellas:

a. Recibe las denuncias escritas y verbales. En este último caso se dejará constancia en acta. También las declaraciones a los denunciantes. En estos casos, la policía tiene distintas posibilidades de actuación: rechaza la denuncia por carecer de verisimilitud; admite la denuncia e inicia las primeras indagaciones, con comunicación al Fiscal. En los casos de gravedad la comunicación al Fiscal debe ser inmediata a fin de recibir las primeras instrucciones o para coordinar las intervenciones a que hubiera lugar. En todos los casos debe de guardarse registro de las denuncias y actuaciones.

b. Custodia y vigila la escena del crimen, a fin de que evitar que sean borrados las huellas o vestigios del delito. Se trata de una actuación propia de la policía y una de las más valiosas en una investigación, pues no solo se debe de perennizar la escena del delito a través de la fotografía o video, sino también debe de vigilarse la misma a fin de posibilitar posteriores registros, inspecciones o recojo de muestras para la investigación. La custodia debe de ser inmediata y por el tiempo que la autoridad investigadora considere necesaria.

c. Practica el registro de personas y presta auxilio a las víctimas del delito. El registro de personas relacionadas con el delito tiene una

formalidad que la misma ley establece. En efecto, se procederá a dicha diligencia cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o en su ámbito personal bienes relacionados con el deleito (art. 210.1) levantándose acta correspondiente. La ley también establece que la policía debe de preocuparse por dar auxilio a la víctima, trasladándola a un lugar seguro o a un centro médico para su atención.

d. Recoge y conserva los objetos vinculados con el delito. La razón es evidente: constituyen elementos de prueba que van a ser de utilidad para la investigación y determinación de responsabilidades, por lo mismo, se practica guardando las formalidades del caso en acta.

e. Practica las diligencias encaminadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito. En todos los casos la policía verificará sus datos de identidad y posibles antecedentes a fin de evitar errores, acompañándose los registros fotográficos cuando el imputado se encuentra detenido.

f. Recibe la declaración de los testigos del delito a fin de tener mayor información sobre los hechos y naturalmente ampliar la investigación o confirmar lo ya investigado. La declaración del testigo no requiere de la intervención de su abogado; sin embargo, si el fiscal lo autoriza podrá estar presente en la diligencia.

g. Levanta los planos, toma fotografías, realiza grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas, vinculadas con la investigación del delito. Estas acciones de comprobación se relacionan principalmente con la primera intervención policial en el lugar de los hechos a efecto de perennizar el *locus delicti* en especial cuando se levantan planos o se toman fotos del lugar donde se perpetró el crimen o de la forma como se encontró a la víctima de homicidio, incluyendo su grabación en video.

h. Captura a los autores y partícipes del delito, en los casos de flagrancia, a quienes les informará de sus derechos. Por imperativo constitucional una persona puede ser detenida policialmente en caso de flagrancia o por orden judicial. Nos encontramos ante el primer supuesto en donde la policía en caso de flagrancia procede

a detener a una persona, debiéndole informar inmediatamente de sus derechos, sea de manera oral o escrita, pues éste también es imperativo constitucional.

i. Asegura los documentos privados útiles para la investigación, los que pondrá a disposición del Fiscal cuando existan razones de cantidad. Se establece que en estos casos, se remitirán a su vez al juez de la investigación preparatoria para su examen, quien de estimar legítima la inmovilización dispondrá su conversión a incautación. De la misma manera se procederá tratándose de libros, comprobantes y documentos contables administrativos.

j. Allanar locales de uso público o abierto al público. El allanamiento se sustenta en la captura del imputado y en la incautación de cosas o bienes relacionados con el delito. La disposición en comentario no establece bajo que presupuestos se debe de producir el allanamiento, debiéndose entender que será en los casos de flagrancia de delito o por mandato judicial.

k. Realizar los secuestros de documentos e incautaciones en los casos de delito fragrantes o de peligro inminente de su perpetración, dejando constancia escrita y detallada de ellos. La fidelidad en las actas de los documentos y objetos incautados es de importancia para la prosecución de la investigación y aseguramiento de la prueba.

l. Recibir las declaraciones de las personas denunciadas (presuntos autores y partícipes) con la presencia obligatoria de su abogado defensor. Si no estuviera presente, no podrá realizarse la diligencia, limitándose la policía a constatar la identidad de aquellos. Esta disposición garantiza el derecho de defensa del imputado.

m. Reunir toda la información necesaria que permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal, lo que significa asegurar la escena del crimen e incautar todos aquellos objetos y/o sustancias que tengan relevancia para la investigación.

n. Cualquier otra investigación o información permitidas para lograr un debido esclarecimiento de los hechos denunciados.

De todo lo expuesto, conociendo de la importancia de la investigación policial y atendiendo a la necesidad de que la policía pueda adelantar la misma en casos de urgencia, se debe de señalar algunos aspectos centrales de dicha investigación:

a. Como ya se ha mencionado, cuando la policía toma conocimiento de la comisión de un delito, se lo hará saber al Fiscal, "por la vía más rápida y también por escrito" indicando los elementos esenciales del hecho así como sus acciones inmediatas, sin perjuicio de dar cuenta de la documentación existente. Se pretende que desde que la policía conoce de un delito o de un hecho con características delictuosas, se lo comunique al Ministerio Público, a fin de que dicha autoridad pueda disponer funcionalmente lo conveniente; lo que no impide que pueda, dado que también es función policial, de inicio a las investigaciones o actuaciones policiales inmediatas. Con el conocimiento por el Fiscal de la investigación en curso, la policía proseguirá con su labor con arreglo a las funciones señaladas anteriormente y las que disponga según las necesidades de la investigación.

b. Como se podrá apreciar, las funciones de la policía son muy amplias y no difieren de las que actualmente realiza, por el contrario, se precisan debidamente como deben de proceder y, además, la forma de comunicación inmediata con el Fiscal a cargo de la investigación preliminar. Por ello es que toda la actividad investigadora debe de constar en acta o encontrarse debidamente documentada, la misma que entregará al Fiscal. Para estos efectos, la policía seguirá y respetará las formalidades que se prevean para las investigaciones, sean aquellas impartidas por el Fiscal a cargo de la investigación, de la Fiscalía de la Nación como de aquellas propias de su comando (art. 68.2). En efecto, con la misma finalidad de trabajo funcional subordinado, la Fiscalía de la Nación podrá impartir *instrucciones generales* a la policía y que sean relativos a los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación así como a los criterios o mecanismos de coordinación que deben realizar los fiscales para el debido desarrollo de las funciones reguladas por el nuevo código,

lo que resulta correcto y necesario, si se tiene en cuenta que le corresponde la dirección y responsabilidad de la investigación del delito. De allí que se resalte el hecho que este tipo de directiva lo es únicamente en el ámbito de las investigaciones, pues desde el punto de vista administrativo, la policía sigue dependiendo de sus instancias superiores administrativas.

c. De otro lado, es necesario señalar la necesidad de respetar el principio de inocencia respecto a la presentación pública de las personas detenidas policialmente y expuestas como si fueran culpables del delito que recién se investiga. La nueva ley procesal establece específicamente que la policía puede informar a los medios de comunicación social acerca de la *identidad* de las personas imputadas, en el contexto de la investigación o para la búsqueda de información necesaria, sin embargo, deberá evitar cualquier calificación expresa o tácita de culpabilidad. Asimismo, art. 70 establece que se encuentra prohibido de realizar ese tipo de información pública cuando las víctimas, testigos u otras personas se encuentren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un delito sin la previa *autorización* del Fiscal. En realidad, debe de procederse con mucho cuidado con la información que se vierta a la opinión pública, pues si bien es cierto existen casos que generan alarma social y en los que la sociedad debe ser informada, también lo es que, por un lado, existe el derecho a la presunción de inocencia de la persona imputada y que se mantiene hasta el final del proceso; y por otro, la seguridad y el éxito de las investigaciones preliminares. En consecuencia, consideramos que afecta la presunción de inocencia presentar físicamente a la persona detenida o investigada como autor o cómplice de un delito que precisamente está en etapa de investigación; no se afecta si se reproduce la identidad del imputado con fines de lograr información de su ubicación o captura o con fines de prevención.

3.3. Coordinación Ministerio Público y policía

Para todos los efectos de la investigación policial y su relación de dependencia funcional con el Ministerio Público, queda regulada la

existencia de un órgano coordinador de las funciones de la policía con el Ministerio Público con la finalidad de establecer los mecanismos de comunicación interinstitucional. Tres son los objetivos fundamentales: a) establecer líneas de comunicación con los órganos de gobierno de la Fiscalía; b) coordinar las acciones relativas a las funciones de investigación; y c) centralizar la información relativa a la criminalidad violenta y organizada. Sobre este último punto, aportará su experiencia y conocimiento para efecto de los programas y acciones sobre la adecuada persecución del delito y desarrollar los programas de protección y seguridad que sean necesarios.

Consecuentemente, el trabajo coordinado entre la Fiscalía y la Policía permitirá elaborar estrategias, tanto a nivel nacional como regional, en la lucha contra el crimen común y organizado. Ello también permitirá elaborar políticas conjuntas entre ambas instituciones contra las distintas formas de criminalidad.

4. DILIGENCIAS PROPIAS DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Como en toda investigación preliminar, ésta se realiza bajo distintos supuestos: a) por la policía bajo la dirección del Fiscal; y b) directamente por el Fiscal, cuando éste lo estime conveniente. Si embargo -como ya lo habíamos anotado-, la policía podrá adelantar la investigación cuando las circunstancias del caso lo requieran comunicando al Fiscal para su intervención.

Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables para determinar: a) si los hechos denunciados han tenido lugar y si tienen carácter delictuoso; b) asegurar los elementos materiales de su comisión; c) individualizar a las personas involucradas en su comisión -incluyendo a los agraviados-. Cabe resaltar que todos estos pasos, están dirigidos a determinar si el Fiscal debe formalizar o no la investigación preparatoria.

En la generalidad de casos, el representante del Ministerio Público, encomienda las funciones de investigación preliminar a la Policía por diversos factores (logísticos, de especialidad, etc.), de ahí que

estas diligencias tengan un carácter preponderantemente policial. Las diligencias de la investigación pueden agruparse en las siguientes: a) declaraciones policiales; b) pericias; y c) actas policiales. Veamos brevemente las características principales.

4.1. Declaraciones policiales

Las declaraciones del imputado y las demás personas involucradas que se realizan en la investigación policial resultan de suma importancia para la realización de las primeras investigaciones, pues otorgan las bases fácticas de la imputación inicial, también posibilitan el aseguramiento de las pruebas encontradas y la búsqueda de otros elementos de prueba necesarios para continuar con la persecución del delito y sustentar la acusación fiscal o el archivo.

Dos elementos son trascendentes en la investigación policial: a) la inmediatez en la recepción de la declaración y d) la verificación o comprobación de lo declarado por el imputado, agraviado o testigo. Se trata de declaraciones formales, puntuales y con suscripción del acta por los participantes. Las declaraciones policiales presentan las siguientes características:

a. La declaración del imputado reviste singular importancia pues se trata de su primera respuesta ante la incriminación del delito. Se le hace conocer sus derechos, debe intervenir obligatoriamente su defensor y no se encuentra obligado a declarar. Por ello es que en las actas se consigna declaración *voluntaria* del imputado.

b. La declaración del imputado (libre o detenido), del agraviado y del testigo deben recibirse utilizando técnicas de interrogatorio y transcribir con la mayor fidelidad con la que aquellos exponen.

c. De la declaración del agraviado deben de procurarse el mayor aporte de la información sobre el delito denunciado: día, hora aproximada, circunstancias propias del delito, como aquellas anteriores y posteriores al mismo, posibles testigos, documentos relacionados con el imputado, objetos utilizados, descripción de las características del imputado, posibles sospechosos.

d. Tratándose del caso de declaración de menores, se debe de transcribir su dicho con la mayor fidelidad posible, es decir, lo que ellos dicen exactamente.

e. La declaración del testigo -al igual que del agraviado- deben de significar una contribución al esclarecimiento de los hechos y además de verificarse sus dichos, deben de asegurarse y comprobarse sus datos de identidad y ubicación a fin de citarlos posteriormente para la repetición de sus declaraciones o diligencias de careo posibles.

f. De otro lado, debe de considerarse la posibilidad de proceder al programa de protección de víctimas y testigos que el mismo código prevé (art. 247 y ss.).

4.2. Pericias

Una de las tareas más importantes en la investigación del delito es el relativo a la realización de diligencias periciales que son propias de los científicos o especialistas de la Policía Nacional y del Ministerio Público. Se hará uso de la actividad pericial dependiendo de delitos o hechos que se investiguen: homicidio, lesiones, agresión sexual, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, falsificación de documentos, peculado, colusión, etc. Veamos algunas de las pericias más comunes.

a. *Pericia médico legal*, que se práctica a fin de determinar el grado de lesión que ha sufrido la víctima (también del imputado cuando afirma haber sido lesionado), el mismo que permitirá establecer el tipo de lesión causada, los días de asistencia facultativa y los días de incapacidad; también para determinar la existencia de agresión sexual vaginal o contra natura; para establecer la edad probable de la víctima y también del imputado.

b. *Pericia de alcoholemia o dosaje etílico,* que se practica a fin de determinar el porcentaje de alcohol que existe en la sangre de una persona. Mediante la ley 27753 (art. 4) se establece una tabla de alcoholemia de suma importancia para definir la situación de

imputabilidad del investigado (también puede ser de la víctima) y calificación jurídica del delito. Comprende distintos periodos: subclínico (o.1 a 0.5 g/l); ebriedad (0.5 a 1.5 g/l); ebriedad absoluta (1.5 a 2.5 g/l); grave alteración de la conciencia (2.5 a 3.5 g/l); y coma (niveles superiores a 3.5). Se dispone de esta pericia no sólo en la investigación de delitos de circulación o culposos, sino también en otros delitos: homicidio, lesiones, robo, tráfico ilícito de drogas, etc. dependiendo de su necesidad, de oficio o a pedido del defensor del imputado.

c. *Pericia toxicológica,* que permite detectar la presencia de veneno o sustancias tóxicas en el organismo de las personas o en los cadáveres mediante la aplicación de conocimientos químicos analíticos y principios toxicológicos, con la finalidad de establecer las causas de la intoxicación y/o muerte por la ingesta de medicamentos o drogas u otras sustancias.[67] Se dispone para establecer, por ejemplo, si el imputado ha consumido droga o ha actuado bajo la influencia de la misma o de otra sustancia, como puede ser en las investigaciones por delito de tráfico ilícito de drogas, robo u otro delito. Puede ser, incluso, favorable para la persona investigada. También se puede practicar en al víctima de agresión sexual o robo agravado si existiera evidencia de haberla encontrado en estado de inconciencia o no recuerda lo que ha sucedido.

d. *Pericia de absorción atómica,* conocida antiguamente como la prueba de la parafina, y que permite establecer en la persona imputada la existencia de rastros de disparo por arma de fuego, es decir, la existencia de sustancias químicas llamadas *cationes metálicos*: plomo, antimonio y bario. Es de utilidad para las investigaciones por delito de homicidio, robo, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, principalmente.

e. *Pericia forense o física,* del arma utilizada en la comisión del delito, a fin de establecer minuciosamente sus características y su relación con el hecho delictivo.

67 Véase Manual de Criminalística, OPCIÓN, Lima, 1996, p. 56.

f. *Pericia grafotécnica,* que es de suma utilidad para la investigación y juzgamiento de delitos contra el patrimonio, con la finalidad de determinar la autenticidad o falsedad de un documento, título o firma.

4.3. Actas policiales

El acta debe registrar de forma objetiva la diligencia que contiene, no se deben incorporar elementos subjetivos, pues el acta debe reproducir fielmente lo que acontece durante el desarrollo de la diligencia.

a. *Acta de incautación:* Se trata de una diligencia de naturaleza estrictamente policial y se practica cuando es necesario recabar objetos, instrumentos o efectos relacionados con el delito y que se encuentren en posesión de la persona intervenida o bajo su dominio. Puede tratarse del arma utilizada, el dinero producto del robo o del acto corrupto, documentos relacionados con el crimen, la droga, el vehículo utilizado, etc. El acta se levanta en el lugar donde se procede a la intervención de la persona, es decir, *in situ.* Es necesario que el acta detalle las características del objeto o cosas que se incautan.

b. *Acta de hallazgo:* Esta acta se levanta cuando durante una investigación se encuentra objetos vinculados con el delito y se desconoce a quien pertenece. Se levanta *in situ* y se detallan sus características.

c. *Acta de registro domiciliario,* cuando con ocasión de la investigación de un delito y por mandato judicial o la persecución de autor de un delito (flagrancia) se procede al ingreso de un inmueble o local efecto de proceder a la detención de la misma o a la incautación de los objetos relacionados con el delito. También es posible dicha diligencia cuando el tenedor del inmueble o la casa permite voluntariamente el ingreso de la policía para proceder a la búsqueda del imputado o de los bienes a incautar. Como en todas las actas, debe de detallarse el desarrollo de la diligencia y con la firma de las personas intervinientes.

d. *Acta de constatación:* Es aquella que levanta la policía cuando es necesario acreditar con documento lo que la policía observa o constata directamente, como por ejemplo en los casos de usurpación o perturbación de la posesión.

5. EL INFORME POLICIAL

El llamado *Atestado* Policial cambia de denominación en el nuevo texto a *Informe Policial*, que es el documento técnico administrativo que se debe elaborar en todos los casos en que interviene la policía y que remitirá al Fiscal. Dicho documento contendrá los antecedentes que motivaron su actuación, la relación de las diligencias realizadas, el análisis de los hechos investigados y cualesquiera otra circunstancia que resultare importante considerar, como copia de documentos, escritos, constancias, comunicaciones fiscales, etc. Sin embargo, y a diferencia de la legislación anterior, se establece expresamente que la policía, en dicho informe, se abstendrá de realizar la calificación jurídica y de imputar responsabilidades (art. 332.2). La razón es una y muy clara, la *calificación jurídica* de los hechos corresponde a la autoridad encargada de la persecución oficial del delito y titular de la acción penal pública, que es el Fiscal. En esencia lo que se suprime del llamado atestado es la parte final de su informe, aquella referida a las *conclusiones*, manteniéndose todo su contenido ya expresado bajo una forma mucho más clara y específica de datos de la personas que intervienen.

De otro lado, de esta norma se desprende que ninguna investigación iniciada y desarrollada por la policía deja de ser comunicada al Fiscal. Cualquier intervención de la policía en acto de investigación de hecho con características de delito debe ser de conocimiento del representante del Ministerio público y si se culmina la investigación debe de elaborarse el informe antes indicado. De esa manera desaparece el llamado *parte policial*, que muchas veces eran archivados sin conocimiento del fiscal.

El Informe policial mantiene la misma estructura formal, variando en alguna de sus formas, principalmente porque se es mas riguroso

en los datos de las personas intervinientes, en la consignación de los derechos que asisten al imputado, en la intervención del defensor del mismo, etc. debiéndose tener en cuenta lo dispuesto por el art. 332 de la nueva ley procesal. Nos interesa destacar sus partes más importantes y que están relacionados con:

a. El motivo y forma de intervención, es decir, si la investigación se inició de oficio, o por denuncia de parte o por disposición de la Fiscalía. Cabe señalar que iniciada de oficio la investigación o por denuncia de parte, la comunicación al fiscal debe ser inmediata. Es más en el documento que se forme debe de constar las disposiciones y mandatos emanados de la autoridad fiscal.

b. Las diligencias que se practiquen y que se relacionan con las manifestaciones de las personas involucradas; las pericias que se practican (médico legal, química, toxicológica, alcoholemia, absorción atómica, balística, grafológica, etc.); las actas que se levantan (registro de personas, hallazgo, allanamiento, constatación etc.).

c. El análisis de los hechos que realiza la policía y que serán de utilidad para que el Fiscal pueda realizar la calificación jurídica respectiva.

d. La documentación sustentatoria del Informe policial que comprende los documentos pertinentes, los elementos objetivos de prueba, los instrumentos utilizados o el lugar donde aquellos se encuentran.

6. INTERVENCIÓN JUDICIAL Y MEDIDAS COERCITIVAS PERSONALES

Durante esta etapa, el Fiscal podrá considerar necesario asegurar la presencia de las personas imputadas a su investigación y la investigación preparatoria, por lo que la ley le faculta a requerir la adopción de medidas coercitivas o cautelares o de aseguramiento para tales objetivos. Asimismo, durante esta etapa la actuación del órgano jurisdiccional parece reducida pero no es así, su rol es muy importante, pues si bien

el Fiscal es el *dueño* y *responsable* de la indagación, cualquier medida cautelar o coercitiva que requiera el aseguramiento de su investigación pasa por el control y decisión judicial.

En este sentido, el fiscal solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo (art. 61.2), pedido que debe ser debidamente motivado, como fundamentada debe ser la decisión jurisdiccional.

De acuerdo con la ley -y que no resulta nuevo con la normatividad anterior- el fiscal le solicitará al Juez de la investigación preparatoria ordene las medidas coercitivas que correspondan, especialmente las siguientes:

a. Impedimento de salida del país al imputado.
b. La comparecencia del imputado con detención domiciliaria.
c. La comparecencia del imputado con otras restricciones.
d. El allanamiento.
e. La inmovilización de algún bien.
f. Detención preventiva del imputado.

7. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA

La facultad de ejercer efectivamente el derecho de defensa nace con la imputación. Por lo tanto, la intervención de la persona imputada y su defensa es amplia en la investigación preliminar. Además de lo señalado anteriormente, el abogado defensor tiene derecho a:

a. Apersonarse en la investigación preliminar y conocer de los cargos que se incriminan contra su defendido.
b. Intervenir en las diligencias de interrogatorio de su patrocinado.
c. Conocer de las diligencias que se realicen.
d. Tener copia de la documentación relativa a las diligencias preliminares, entendiéndose que no de manera inmediata de aquellas que afecten la continuidad de la misma.

e. Pedir la realización de diligencias que favorezcan a su defendido y ofrecer los elementos probatorios de descargo.

En realidad, la actuación del defensor del imputado se ve rodeada de las garantías necesarias y conducentes a su objetivo. De igual forma, se debe de afirmar que el defensor de la persona natural o jurídica agraviada, tiene los derechos en igualdad de condiciones durante esta etapa inicial de investigación.

8. EL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Dentro de la perspectiva dinámica del nuevo código, se establece un plazo de veinte (20) días para la realización de la investigación preliminar. Se pretende con ello que ante la denuncia o investigación de delito de oficio se proceda de *inmediato* a la recepción de declaraciones, practica de pericias, pesquisas policiales y demás diligencias complementarias en dicho plazo. Se computa el plazo desde el momento que el Fiscal dispone el inicio de la investigación preliminar y entendemos que puede disponerse un plazo adicional que no supere el señalado, a cuyo término deberá dictar la disposición que corresponda.

Pero el legislador también ha advertido de la existencia de aquellos casos considerados complejos y que naturalmente pueden requerir un plazo mayor al común. En tal sentido, cuando se trate de investigaciones seguidas contra un número significativo de personas o agraviados o cuando se trate de concurrencia de delitos o se aprecia que la obtención de elementos probatorios o las actuaciones periciales demandarán mayor tiempo, el Fiscal deberá determinar un plazo razonable de duración de la investigación preliminar (art. 334.2). Tal decisión requerirá de la motivación necesaria expuesta en la disposición que dicte.

El plazo previsto de la investigación preliminar es distinto al plazo que se prevé para la investigación preparatoria y si bien es cierto, en esencia, ambas investigaciones en el contexto de continuidad pueden constituir una sola, los plazos difieren en atención a sus objetivos inmediatos, por lo que no es posible incluir el plazo del primero en el segundo. Así lo ha resuelto en casación la Sala Suprema cuando esta-

blece como doctrina jurisprudencial "que los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hayan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha".[68]

Al respecto también se señala en el artículo citado, que cuando el interesado o afectado, por la excesiva duración de la investigación preliminar, solicite al Fiscal le dé termino y si éste no la acepta o fija un plazo irrazonable, el interesado "podrá acudir al Juez de la Investigación Preparatoria" en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento, lo que significará que dicha autoridad resolverá, previa audiencia con el Fiscal y el interesado. Consideramos que la idea central del dispositivo es que se realicen las diligencias de investigación aprovechando el tiempo que se dispone y es natural que el interesado exprese su desacuerdo cuando se fija un plazo excesivo, pero no estamos de acuerdo que el control de dicho plazo se encuentre a cargo del Juez, pues para ello bien se ha podido delegar al Fiscal Superior competente, como sucede cuando se impugna el archivo de la denuncia; además, no sólo se afecta la autonomía de la investigación en esta fase sino que también se involucra al juez en una tarea que por su naturaleza aún no le corresponde. Por ello resulta obvio que dicho apartado se modifique en el sentido de que el control del plazo corresponde a la instancia superior del Ministerio Público que, por cierto tiene facultades de control y además disciplinario.

Tratándose del caso de una persona detenida, el plazo señalado y que hemos comentado no se considera, sino la autoridad fiscal deberá tener en cuenta el plazo común de 24 horas para poner al investigado con el informe policial y su pronunciamiento, si fuera el caso, ante la autoridad jurisdiccional, conforme lo ordena la Constitución.

68 Casación N° 02-2008, La Libertad, de 3 de junio del 2008. Caso de hurto agravado.

9. LAS POSIBILIDADES DE DECISIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR

Al final de la investigación preliminar, corresponde al fiscal la calificación jurídico penal de los hechos investigados y dependiendo de las circunstancias propias del caso y de los elementos probatorios obtenidos podrá:

a. *Formalizar la Investigación Preparatoria* mediante una Disposición, si aparecen indicios que revelen la existencia del delito, se ha individualizado al imputado, la acción no ha prescrito y se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.

b. Si no existen elementos de juicio sobre la existencia del delito, o ha prescrito la acción penal o no se ha individualizado al imputado, dispondrá el *Archivo de la investigación* o denuncia. Como se ha dicho, la investigación preliminar puede culminar con el archivo de la misma porque no existen elementos de juicio -entiéndase elementos probatorios- sobre la realización del delito o sobre la persona denunciada, por lo que no cabe continuar con la investigación preparatoria. La nueva ley procesal establece que la decisión de archivo procede cuando: a) el hecho denunciado no constituye delito; b) o no es justiciable penalmente; c) o se presentan casos de extinción de la acción (art. 334.1). El archivo puede ser definitivo o provisional, según el hecho no constituya delito o siéndolo no se ha identificado al imputado, respectivamente. En tales casos si el Fiscal considera que no procede la formalización de la investigación preparatoria y ordenará el archivo de lo actuado. De acuerdo con la nueva ley, la *Disposición* de *Archivo* se notifica al interesado o denunciante y si no estuviere de acuerdo con la decisión fiscal de archivo o reserva provisional de la investigación, impugnará tal decisión (*requerirá* dice la ley) para que en el plazo de cinco (5) días eleve lo actuado al Fiscal Superior. La ley procesal no establece plazo para la impugnación contra la disposición de archivo, pero tratándose de un caso de apelación se aplica el señalado por el artículo 414.c), es decir, tres (3) días de notificado. Claro está que corresponderá a la LOMP

o a las directivas que imparta la Fiscalía de la Nación cualquier precisión sobre la determinación del plazo.

Admitida la impugnación, dentro del plazo correspondiente, se elevará lo actuado al Fiscal Superior competente a fin de que resuelva dentro del quinto día. Puede Disponer a) el archivo definitivo de lo actuado; b) la formalización de la investigación, es decir, se pase a la fase preparatoria; y c) "se proceda según corresponda", lo que nos permite señalar que el Superior puede dictar disposición ordenando la ampliación de las investigaciones preliminares o quizás la nulidad de la disposición por algún vicio procesal. Es del caso señalar que tratándose de un Ministerio Público jerárquicamente organizado, pueden impartirse instrucciones generales a los fiscales provinciales para los casos de decisiones de archivo, de tal manera que exista uniformidad en la actuación del fiscal investigador. Dentro de la amplitud del derecho de defensa, el recurrente puede hacer uso de la palabra ante el fiscal superior o presentar escrito complementario, antes que aquel decida.

Se destaca de esta manera el plazo al fiscal superior para que resuelva, pues no existía. Asimismo, teniendo en cuenta que la disposición de archivo también se notifica al denunciado, éste también puede impugnarla cuando se trate de un archivo provisional y considere que su situación de investigado no puede ser indefinida.

c. Si el hecho fuere delictuoso y la acción no hubiere prescrito, pero se desconoce al imputado, se dispondrá que la policía intervenga para lograr la identificación del imputado; lo que en esencia significa un archivo provisional de lo actuado.

d. Si en la denuncia se ha omitido una condición de procedibilidad que depende del denunciante, también se dispondrá de la *reserva provisional* de la investigación, debiéndose notificar al denunciante a fin de que subsane la omisión. En otros casos donde se requiera de presupuestos de procedibilidad, la subsanación de los mismos estará a cargo del mismo Fiscal.

e. Antes de proceder conforme al apartado a) se puede aplicar el *principio de oportunidad o el acuerdo reparatorio* (sobre éste

punto volveremos en adelante), si el supuesto de hecho así lo amerita (art. 2° CPP). También se podrá pasar directamente al proceso inmediato a pedido del Fiscal.

10. PROHIBICIÓN DE NUEVA DENUNCIA

Se introduce una norma de suma importancia para el debido control de las denuncias que se formulan ante el Ministerio Público, pues se prohíbe formular nuevas denuncias sobre los mismos hechos que ya han merecido una disposición de archivo por el Fiscal Provincial e incluso por el Superior. De tal manera que dicha norma impide que otro Fiscal pueda dar amparo a denuncias bajo tales supuestos que ya han merecido decisión de archivo, lo que a su vez obliga a no admitir las denuncias que sobre los mismos hechos puedan presentarse en otras Fiscalías (art. 335.1).

Debe señalarse que en el Ministerio Público no rige a manera de titularidad el principio de cosa juzgada, la cual está reservada al órgano jurisdiccional, pero sí la llamada *cosa decidida,* lo que permite que una decisión de archivo no sea inmutable[69]. En efecto, la disposición en comentario también establece que si luego de la decisión de archivo de la investigación se aportara o se conocieran nuevos elementos probatorios o de "convicción" se podrá reexaminar lo actuado por el Fiscal que previno. Ciertamente, si los nuevos elementos probatorios eran desconocidos por el fiscal y resultan relevantes para la continuidad de la investigación deberán ser analizados, lo que genera una reapertura de la investigación por el mismo fiscal o de una nueva investigación, si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido. En tal sentido, se podrá proceder de oficio o a pedido de la parte interesada.

Finalmente, el art. 335.2 señala que si la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Superior que previno podrá designar a otro

69 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2725-2008-PHC/TC de 22 de setiembre de 2008, caso Chauca Temoche, Fundamentos jurídicos 15-19. Establece el TC que si el motivo del archivamiento fiscal es por déficit o falta de elementos de prueba, posteriormente se podrá reabrir la investigación preliminar; no lo podrá hacer si el motivo se refiere a "que el hecho no constituye delito".

Fiscal Provincial, lo que resulta debido en la lógica procesal y hasta merecedora de una medida disciplinaria si la investigación originaria adolece de irregularidades. Tales decisiones deberán ser necesariamente fundamentadas.

11. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad aparece con el código procesal penal del año 91 y se ha mantenido en nuestra legislación en aplicación progresiva, pero también con algunas modificaciones interesadas que la han desnaturalizado. Se le ha considerado como una *excepción* al principio de legalidad, debido a la imposibilidad material del Estado de perseguir y castigar todas las infracciones que se cometen. También se le considera como una respuesta político criminal del Estado ante el *agotamiento* de posibilidades del sistema de justicia penal[70]; en este sentido, se procede a la selección de determinados delitos de menor intensidad con la finalidad de buscar una solución consensuada al caso posibilitando el archivo del mismo, y de esa manera hacer que los fiscales y jueces dediquen su mayor esfuerzo al conocimiento y solución de los casos mas graves.

El principio de oportunidad encuentra su fundamento en a) la escasa relevancia de la infracción penal; b) la ausencia de un interés público en la persecución del delito; c) se trata de una manifestación de prevención especial pues se le da al infractor la oportunidad de reparar el daño ocasionado; d) existe una razón político criminal del Estado para posibilitar el archivo de los llamados delitos de *bagatela*; y e) permite al imputado archivar la investigación iniciada en su contra; y al agraviado el logro del pago de la reparación civil con prontitud.

El nuevo código procesal penal sigue la regulación de su texto original, con algunas precisiones que ya la doctrina se encargó de observar en su momento y que se espera permitan mejorar su interpretación y aplicación uniforme.

70 Bacigalupo, Enrique, Descriminalización y prevención, en Rev. Poder Judicial, N° II, Madrid, 1987, p. 13 y ss.

El principio de oportunidad constituye un mecanismo de simplificación del proceso penal, considerado -como se ha dicho- como una excepción al principio de legalidad que exige la persecución de los delitos y la sanción a las personas que lo han cometido, pero este principio no es absoluto sino regulado por la propia ley, de allí que se hable del principio de oportunidad *reglado*.[71] Es decir, la ley establece en que casos es posible su aplicación, los delitos de mínima y mediana criminalidad, y a que personas está dirigido (exceptuándose a los funcionarios públicos que cometan el delito en ejercicio de su cargo).

Se pretende que para determinados delitos se posibilite la realización de un *acuerdo* o *consenso* entre las partes en conflicto penal expuesto ante la autoridad fiscal a fin de que se archive la investigación o el proceso, dependiendo del caso y, de otro lado, se repare el daño causado a la víctima del hecho punible respetándose la indemnización acordada.

Este principio responde a distintos fundamentos, pero principalmente: a) la escasa relevancia de la infracción o mínimo daño social (ausencia de interés público); b) la manifestación de la prevención especial a favor del infractor, de quien se espera que no volverá a incurrir en delito; c) razones político criminales para que la justicia se encargue principalmente de los delitos más graves; d) reducir la carga procesal en las sedes judiciales y población penitenciaria; y e) alcanzar una pronta reparación de la víctima del delito.

La aplicación de este principio obedece primero, a una actuación de oficio por el Fiscal; segundo, a la petición que pueda hacer la persona imputada de un delito. Establece el código en su artículo 2° los supuestos de aplicación, que por su trascendencia nos permitimos transcribir y comentar:

a. *La Abstención del Fiscal. Función facultativa:* El principio de oportunidad puede ser aplicado de oficio por el Fiscal o a pedido de la parte imputada, incluso a instancia del agraviado. El artículo 2° ab initio establece lo siguiente: "*1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá*

71 Véase mi Manual de Derecho Procesal Penal, citado, p. 366 y ss.

abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:" La abstención del fiscal al ejercicio público de la acción penal hace que no continúe con la persecución del delito a la persona imputada y el efecto inmediato es que se archiva la investigación iniciada. El Fiscal deja su tarea de perseguir el delito en atención al acuerdo a que lleguen las partes.

Asimismo, en los tres supuestos que prevé la ley procesal no es de naturaleza obligatoria para el Fiscal, sino facultativa. Ello significa que el fiscal debe de decidir en que casos toma la iniciativa de viabilizar su aplicación citando a las partes a una diligencia de acuerdo, salvo que el mismo imputado se lo pida, en cuyo caso deberá proceder a la citación correspondiente. Es necesario señalar que también la parte agraviada puede propiciar la aplicación del principio de oportunidad. En los tres casos le corresponde al Ministerio Público tomar la decisión, para lo cual ha de considerar siempre los fundamentos jurídicos y pragmáticos de su aplicación.

b. *Los supuestos de oportunidad:*

b.1. Agente afectado por el delito: Es el caso de la falta de relevancia de la pena o falta de necesidad de la pena. El texto procesal establece lo siguiente: *a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.* Se aplica este supuestos de oportunidad cuando el agente sufre las consecuencias de su propia conducta delictuosa de manera grave, sea en su integridad o salud. A diferencia de la legislación anterior, procede sea se trate de delito culposo o doloso, pero cuya pena sea no mayor a cuatro años; en este sentido se precisa igualmente el ámbito de su aplicación y queda claro que comprende a los delitos de mínima criminalidad. En cualquier caso, se exige que la gravedad de la afectación (personal o de persona cercana) haga que la posible pena a imponer resulte innecesaria. En realidad, este es el fundamento de este criterio de oportunidad: la pena que debería ser impuesta al imputado sería siempre

menor o irrelevante al daño que efectivamente ya ha sufrido el autor del delito; de tal manera que la pena no cumpliría sus fines previéndose a través de este supuesto, una alternativa propia de la prevención especial a favor del autor-víctima.

b.2. La mínima lesividad de la infracción: Se trata del segundo supuesto que establece la ley referida a la escasa relevancia de la infracción penal o infracción de bagatela. El texto procesal establece lo siguiente: "*b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo*". Se trata de infracciones que no afectan gravemente el interés público, es decir, comprende aquellos delitos que no generan alarma social y por lo tanto la solución del mismo se deja al acuerdo a que las partes puedan llegar. Es el presupuesto esencial en los casos de oportunidad delitos considerados de bagatela y en donde se destacan dos requisitos básicos: a) falta de interés público en la persecución penal (subjetivo), debiéndose definir si el hecho genera alarma o preocupación en la sociedad y b) el extremo mínimo de la pena a imponer (objetivo), es menor a dos años. Si se revisa el Código Penal, se verá que muchos de los delitos establecen penas en su extremo mínimo de dos o menor de dos años y en los que, naturalmente, se puede aplicar la oportunidad: hurto simple, lesiones, usurpación, estafa, apropiación ilícita, conducción en estado de ebriedad, infanticidio, aborto, delitos contra el estado civil, etc. Debe afirmarse que pese a que el delito se conmine con pena no superior a dos años, si la infracción ha generado interés público o alarma social, se debe proseguir con el ejercicio de la acción penal. Por último, no procede este supuesto de oportunidad en caso de que el agente fuere funcionario público y cometa el delito en ejercicio de su cargo.

b.3. Mínima culpabilidad del autor o partícipe: Se trata de uno de los supuestos de oportunidad donde se analiza el grado de

culpabilidad del agente del delito. El texto procesal dice lo siguiente: " *c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*" Como se puede apreciar, corresponderá ahora al Fiscal analizar el grado de culpabilidad del autor o partícipe, tarea que ordinariamente corresponde al Juez, en atención a los supuestos jurídicos penales que señala la ley: el error de tipo y error de prohibición, el error de comprensión culturalmente condicionado, la tentativa, la responsabilidad restringida y la complicidad secundaria previstos en los arts. 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal. En estos casos, el Fiscal deberá determinar la situación jurídica del imputado con los elementos de prueba existentes en su contra y sobre todo bajo cuatro situaciones específicas: a) las circunstancias del hecho que se califica como delito; b) las condiciones personales del agente; c) ausencia de interés público gravemente comprometido en la persecución penal; y d) el delito debe ser conminado con pena no mayor a cuatro años. Como se podrá apreciar, el legislador ha facultado al Fiscal a abstenerse de la persecución penal en aquellos casos donde la ley faculta la disminución de la pena. Siendo esta la esencia de la aplicación de este supuesto de oportunidad debería de aplicarse también en otros casos, como puede ser los estados de flagrancia y confesión sincera. Por último, se prohibe su aplicación cuando se trate de funcionario público que incurra en delito en el ejercicio del cargo.

La ley procesal también establece que en los supuestos previstos en los dos últimos casos, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido, lo que obliga al imputado a pagar la reparación civil o a comprometerse a apagarlo.

c. *Procedimiento a seguir:* La nueva ley regula la forma en que se procede a la aplicación del principio de oportunidad, sea de oficio por el fiscal o a pedido de alguna de las partes. Es del caso recordar que con el nuevo proceso penal el Ministerio Público se ha organizado corporativamente y, por lo tanto, cuenta con un equipo de fiscales que actúan de manera inmediata, que son los fiscales de decisión temprana, encargados de resolver los casos de principio de oportunidad y de terminación anticipada[72]. Entonces en las sedes principales de la Fiscalía el Fiscal coordinador remite el caso a esta fiscalía de decisión temprana a fin de que viabilice el supuesto de oportunidad. De allí que la misma ley establezca que el Fiscal *citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta.* En este punto es necesario señalar las siguientes posibilidades prácticas de actuación:

i. Se notifica a las partes con la finalidad de que conozcan el motivo de la diligencia, *para la aplicación del principio de oportunidad,* prevista en el artículo 2° del nuevo código procesal penal, incluso con una breve explicación de su contenido.[73]

ii. Si las partes asisten, el Fiscal les explicará la finalidad de esta institución, la necesidad del acuerdo, los efectos del mismo (archivo y paga de reparación civil), así como la posibilidad de continuar con la investigación si no hay acuerdo. En estos casos el fiscal debe asumir una actitud neutral, incluso, despejando dudas sobre la diligencia misma, las obligaciones y compromisos asumidos, dejando que las partes lleguen a un entendimiento y se lo hagan saber, lo que implica que dicho

72 Es necesario precisar que en las Fiscalías Provinciales alejadas de la sede central del Distrito Judicial, los fiscales provinciales, debido a la reducida carga procesal, ejercen funciones tanto de decisión temprana como también de investigación de los delitos que se denuncian.

73 La claridad en toda notificación es importante para evitar ciertos temores aún existentes sobre las citaciones judiciales sin contenido o con datos estrictamente técnicos que la parte no logra entender sino en la sede fiscal o judicial. Por el contrario, se le debe de hacer conocer de que diligencia se trata y pueda asistir a la misma con una posición clara o con propuestas a definir con la otra parte.

acuerdo debe ser aceptado por dicha autoridad. Resulta claro, entonces, que no se trata de una diligencia de conciliación.

iii. Si las partes no asisten, se les volverá a notificar en los mismos términos, bajo el apercibimiento de que si no asiste el imputado, se levantará acta de la inasistencia e inmediatamente se continuará con el proceso, consecuentemente, el Fiscal dictará la *Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.*

iv. En relación al punto anterior, la ley establece que si no asiste el agraviado, pero si el imputado se podrá viabilizar el principio de oportunidad con el Fiscal quien *podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda.* Y si no se llegara a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, *el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses.* Claro que debe de procurarse que el pago se haga de inmediato o en todo caso en un plazo mínimo.

d. *El Acuerdo Reparatorio:* El nuevo proceso penal también reitera otro criterio de oportunidad previsto en la legislación anterior llamado *acuerdo reparatorio*, en virtud del cual determinados delitos, por su escasa lesividad, son susceptibles de la aplicar la fórmula de acuerdo. A diferencia de los tres casos previstos en el numeral 1 del art. 2°, en donde la aplicación de la oportunidad es facultativa por el Fiscal, en el presente supuesto, el representante de la Fiscalía está en la obligación de *viabilizar* el acuerdo aunque este no llegue a concretarse, por lo tanto, si bien no existe una contraposición con los otros supuestos de oportunidad, nuestro legislador introduce una alternativa pragmática de solución de conflicto con intervención directa del Fiscal, alejándose relativamente del modelo procesal asumido en el derecho comparado moderno. La idea central radica en de que en tales delitos *necesariamente* se cite a las partes para que el acuerdo se concrete con intervención del Fiscal.[74]

74 En realidad, el legislador pudo optar por una obligatoriedad al fiscal para la viabilización de todos los supuestos de oportunidad, lo que se puede suplir con la actuación

Los delitos que contempla la ley son los siguientes: lesiones (art. 122), hurto simple (art. 185), hurto de uso (art. 187), hurto de ganado (art. 189 A, primer párrafo), apropiación ilícita (art. 190), hurto de bien propio (art. 191), modalidades de apropiación irregular (art. 192), apropiación de prenda (art. 193), estafa (art. 196), otros supuestos de estafa (art. 197), administración fraudulenta (art. 198), daños (art. 215), libramiento indebido (art. 215) y además se comprende a todos los delitos culposos. Sin embargo, el legislador ha previsto determinados casos donde no es posible el llamado acuerdo reparatorio: a) cuando exista pluralidad importante de víctimas, lo que entendemos dependerá también del ilícito penal, por ejemplo, estafa, apropiación ilícita, libramiento indebido, homicidio culposo. Así, no es lo mismo que el imputado estafe a una o dos personas con sumas reducidas de dinero, que a treinta o más personas con la venta ficticia de vehículos. En cualquier caso dependerá del criterio que maneje el fiscal al momento de resolver el pedido; o b) cuando exista concurso con otro delito, salvo que sea de menor mayor gravedad o afecte bienes jurídicos disponibles.

En este mismo supuesto, la ley señala que el Fiscal, de oficio o a pedido del imputado o de la víctima *propondrá* un *acuerdo reparatorio*, y si ambos convienen en el mismo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal mediante una Disposición, lo que confirma la intervención directa del fiscal en esta formula de consenso, pues a diferencia de los tres casos analizados en el apartado 1) del artículo 2° del código procesal penal, en donde debe de esperar que las partes lleguen a acuerdo, bajo esta fórmula reparatoria, el mismo fiscal quien propone la reparación del daño, incluso en ausencia de la víctima, quien habiendo sido citado no concurre. Caso distinto es aquel cuando no concurre el imputado a la segunda citación o se ignora su paradero, debiéndose proseguir con el ejercicio de la acción penal.

---

de los fiscales de decisión temprana a quienes, precisamente, se les ha dado facultad para ello.

e. *Aplicación en la Investigación Preparatoria:* Los casos analizados anteriormente están bajo la dirección y control del Fiscal, sin embargo, una vez iniciada la investigación preparatoria también es posible su aplicación, bajo las características siguientes:1) a petición del Fiscal, en donde es posible alguna comunicación con el imputado y/o agraviado; 2) la realización de una audiencia dirigida por el juez, con intervención del fiscal e imputado y citación al agraviado; 3) la resolución de sobreseimiento por el juez; 4) se debe de realizar hasta antes de la acusación fiscal escrita; 5) dicha resolución es inimpugnable, salvo el monto de la reparación civil, si es fijada por el juez ante la falta de acuerdo entre el imputado y agraviado o sobre las reglas de conducta que impone consideradas desproporcionadas o afectan irrazonablemente al imputado.

f. *El llamado Acuerdo Notarial:* El nuevo Código Procesal también mantiene la figura del acuerdo notarial (no existente en el texto original) que -entendemos- desnaturaliza la institución de la oportunidad en tanto ya no es necesario llegar a una formula de consenso en presencia de la autoridad Fiscal, sino que las mismas partes en conflicto son quienes mediante un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente llegan a un "acuerdo reparatorio". Esta posibilidad notarial podrá aplicarse en los dos últimos casos del apartado 1) (mínima lesividad de la infracción y mínima culpabilidad del autor o partícipe) y en los delitos contemplados en el apartado 6) (acuerdo reparatorio). En efecto, el legislador expresa que no *será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente* (art. 2. ap. 3) y tratándose de los supuestos del numeral 6), *basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte auto de sobreseimiento.* (art. 2°.7 último párrafo).

De presentarse estos casos, deberá el imputado acreditar ante el Fiscal o Juez -dependiendo del momento procesal- para que se proceda al archivo o sobreseimiento de la investigación, lo que creemos, no impide la citación a las partes ante la autoridad judi-

cial a fin de que se ratifiquen en su contenido. En realidad, existe una aparente contradicción, por un lado se precisan los delitos en los cuales cabe la formula de acuerdo con intervención del Fiscal, pero se desnaturaliza el principio de oportunidad cuando se facilita el acuerdo entre las partes sin contar con la presencia de la autoridad fiscal o judicial, que es la que imprime el acento de control e inmediación y, además, sin su presencia se reduce el compromiso tácito del imputado a no volver a delinquir. Naturalmente las directivas que se dicten en el Ministerio Público y en el Poder Judicial sobre la aplicación de este importante principio podrán complementar la forma de intervención de los operadores judiciales para la verificación del documento notarial.

II. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. IDEAS PRELIMINARES

En el modelo de Código de Procedimientos Penales está claro que el inicio formal del proceso penal se determina con la emisión del auto de apertura de instrucción. Ahora bien, en la práctica, la investigación preparatoria reemplaza a la etapa de instrucción del proceso penal antiguo. Se encuentra a cargo del Fiscal y constituye la fase siguiente de la investigación preliminar, de tal manera que cuando ésta culmina, el Fiscal -dado el cumplimiento de los presupuestos que exige la ley- emite una disposición de *formalización y continuación de la investigación preparatoria*

En modelo antiguo se encuentran claramente diferenciadas dos etapas: la instrucción y el juzgamiento, ambas a cargo del órgano jurisdiccional. Sin embargo el nuevo modelo reconoce claramente cinco etapas: investigación preliminar, investigación preparatoria, intermedia, de juzgamiento y de ejecución; las dos primeras fases están bajo el mando y la dirección del representante del Ministerio Público y las tres últimas están dirigidas por el Órgano jurisdiccional. La con-

dición de etapa formal del proceso penal, en el nuevo código, no esta determinada por la intervención del órgano jurisdiccional, ni por el reconocimiento legal que tienen, sino, por la función que cumplen en el marco de un proceso penal. La función primordial de la investigación (tanto preliminar como preparatoria), es la recolección de medios de prueba -de cargo y de descargo- que permitan tomar una decisión fundada en torno al acaecimiento y responsabilidad del hecho punible, decisión que se concretara en la acusación fiscal o en el pedido de sobreseimiento. Por tanto el proceso penal se inicia con la etapa de investigación preliminar.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO CONTINÚA CON LA INVESTIGACIÓN

El Fiscal que dirige la investigación preparatoria, es el mismo que asumió la dirección de la investigación Preliminar, de tal manera que su actuación en estas dos etapas debe estar informada por los principios que le son inherentes. Una vez iniciada la investigación preparatoria, todo lo actuado en la fase preliminar pasa a formar parte de aquella, de tal manera que se convierte en un todo, en una *unidad.*

El Fiscal de la investigación preliminar adquiere las funciones que actualmente tiene el Juez Penal, pero desde la óptica del sistema acusatorio, haciendo de esta etapa de investigación menos burocrática, desprovista de formalidades innecesarias, lo cual en ningún modo significa la vulneración de derechos al investigado; por el contrario, significa continuar con una estrategia de investigación -ya delineada desde la investigación preliminar- respetuosa de sus derechos.

Para el efectivo ejercicio de su labor de investigación, el fiscal, puede requerir la colaboración de autoridades y funcionarios públicos, los cuales se deberán cumplir con los requerimientos o pedidos que se les realicen, bajo responsabilidad.

Cabe señalar que si bien esta investigación es dirigida por el Fiscal Provincial, su control en cuanto a su regularidad, plazo, apersonamientos, así como decisiones que afecten derechos fundamentales, en

virtud al principio de jurisdiccionalidad, está a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria, como órgano jurisdiccional de garantías del procedimiento y de las partes.

La ley procesal regula todas las diligencias formales que deben de realizarse durante esta etapa, la actuación de los sujetos procesales y las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos. Ciertamente, la investigación preparatoria evidencia una investigación más amplia y a la vez complementaria de la anterior con la finalidad de reunir pruebas ya sea de oficio y a pedido de las partes sobre el delito y su autor, sean éstas pruebas de imputación como de exculpación. La acumulación de elementos probatorios también permitirá la adopción de medidas de coerción que deberá dictar el Juez de la Investigación Preparatoria así como las distintas resoluciones que imparta.

3. LÍNEAS RECTORAS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Como líneas rectoras de esta etapa se pueden señalar las siguientes:

a. La *unidad* de la investigación fiscal, debido a que es el mismo representante del Ministerio Público que dirigió la investigación preliminar quien continúa a cargo de esta etapa preparatoria, además, como se ha dicho, también interviene en la etapa intermedia y en el juicio oral, si fuera el caso. Esta intervención directa del Fiscal en todas las fases del nuevo proceso permite una actuación fiscal con mayor conocimiento y concentración del caso y con posibilidades de cumplir debidamente con sus funciones.

b. El Fiscal dispone de todas las diligencias que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines sobre la base de la estrategia de investigación que debe de elaborar a su inicio (declaraciones, pericias, inspecciones, informes, confrontaciones, etc.). La intervención de las partes y sus propuestas probatorias deberán ser consideradas en su plan de investigación.

c. Dispone que la policía realice las investigaciones complementarias o las que sean necesarias. Si las diligencias preliminares han sido suficientes, complementará las que falten directamente o con

el auxilio de la policía; si faltasen algunas, serán derivadas a la policía para su realización precisándose las diligencias e incluso el plazo de la investigación.

d. Se dispone las medidas razonables y necesarias a fin de proteger los elementos probatorios, máxime si todos los elementos probatorios están bajo su control y pueden ser de suma utilidad para su decisión final.

e. Se dispone la reserva de la investigación, así como se garantiza la imparcialidad de la misma. La reserva significa la ausencia de publicidad de los actos de investigación en la forma que prevé la ley, lo que no impide a las partes acreditadas el conocimiento de lo que acontece. La imparcialidad es un principio rector para todo órgano director de investigación e importa una actuación fiscal recta y exenta de favoritismo o inclinación a alguna de las partes.

f. De manera excepcional, el Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto, por un plazo no mayor a 20 días (prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por igual término), sólo cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. El secreto supone que el imputado y su defensa no tomará conocimiento de la actuación o documento.

g. Las actuaciones de la investigación, dada su finalidad preparatoria para el Juicio oral, sólo sirven para emitir resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Las pruebas anticipadas (de conformidad con el artículo 242) y las actuaciones objetivas e irreproducibles, conocidas como pruebas preconstituidas, tienen carácter prueba a efectos de la sentencia penal.

h. Se garantiza el derecho de defensa para cada una de las partes intervinientes, pudiendo incluso, cualquiera de ellas, solicitar copia simple o certificada de lo actuado, pero guardando la reserva. En esencia, conforme a la lógica garantista del nuevo modelo procesal esta característica no es sino la continuidad del derecho de defensa desde la investigación preliminar.

i. De todo lo actuado se deja constancia en acta, cuidando de las formas correspondientes y evitándose la formación de gruesos documentos conocidos antiguamente como "expedientes".

j. Todas las medidas cautelares son dictadas y modificadas por el Juez de la Investigación Preparatoria, a pedido del Fiscal o del imputado o su defensor en audiencia oral y con intervención de las partes.

k. El Fiscal Provincial y Superior coordinadores también realizan una labor de control de la investigación, impartiendo las instrucciones generales para la debida marcha de la función investigadora o de decisión temprana del Fiscal (principio de oportunidad, terminación anticipada).

4. FINALIDAD, CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

4.1. Finalidad

La etapa preparatoria pretende contar con los elementos probatorios que posibiliten ir a juicio, es la fase de preparación para el juicio, naturalmente, si hay pruebas de sustento. Por ello, se establece como finalidad determinar "si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado". Claro está, si no se evidencias tales presupuestos, el proceso deberá merecer el sobreseimiento.

El art. 321° del Código Procesal Penal establece que la finalidad de esta investigación preparatoria radica en la *búsqueda y reunión de los elementos de convicción*, de *cargo* y de *descargo*, que permitan al Fiscal decidir si formula acusación; también persigue que el imputado y su abogado puedan "preparar" su defensa.

4.2. Características

a. Se inicia luego de culminada la investigación preliminar mediante una disposición emanada del despacho fiscal. No es necesario

que se agote el plazo de la investigación preliminar, es más, puede darse inicio a ésta y si existen las pruebas suficientes pasar seguidamente a la siguiente investigación preparatoria. Las actuadas durante la investigación preliminar no se repiten, lo que permite dar celeridad al proceso penal.

b. Se dispone la concurrencia de las personas imputadas, agraviadas y testigos que no hubieren declarado en la investigación preliminar o habiéndolo hecho se requiera o soliciten su ampliación.

c. Se solicitan las informaciones complementarias a las entidades públicas o privadas.

d. Las partes pueden solicitar al Fiscal la actuación de diligencias que sean conducentes.

e. El plazo de la investigación es de ciento veinte (120) días naturales, se podrá ampliar por sesenta (60) días más; en casos complejos se podrá ampliar hasta ocho (8) meses.

f. Culminada la investigación preparatoria, el Fiscal se decide por el sobreseimiento o la acusación, fundamentando su decisión en cualquiera de tales extremos.

4.3. Efectos

La formalización de la investigación preparatoria, de conformidad con el artículo 339, trae consigo los siguientes efectos:

a. Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal. Es decir sólo se podrá hacer valer la excepción de prescripción, hasta antes que el Fiscal disponga la formalización y continuación de la investigación preparatoria, pues una vez iniciada esta etapa el plazo de prescripción se suspende.

b. Iniciada esta investigación sólo podrá ser archivada por decisión judicial, por el Juez de la investigación preparatoria, a pedido del Fiscal o del imputado en fase intermedia. Ello muestra el control judicial en esta etapa procesal.

5. FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Se deja de lado el llamado "auto de apertura de instrucción", que era emitido por el órgano jurisdiccional, para dar paso a la *Disposición* emanada del Fiscal por la cual se *Abre la Investigación Preparatoria.*

5.1. Presupuestos

Para ello, la ley exige el cumplimiento de ciertos presupuestos que son necesarios y de los que no se pueden prescindir, además de ser ya conocidos dentro de nuestro sistema procesal. El art. 336.1 establece los siguientes requisitos:

a. *La existencia de indicios que revelan la existencia del delito:* La formalización de la investigación preparatoria requiere de elementos probatorios objetivos que pongan en evidencia la comisión del delito, y que se vinculen con la persona imputada.

Rige el principio de objetividad en la actuación Fiscal. Si hay elementos probatorios sobre el delito y sobre el imputado vinculado al mismo y que merecen ser investigados con mayor profundidad, se dispone la investigación preparatoria que, como se ha dicho, viene a ser complementaria y que permite la intervención del órgano jurisdiccional para las resoluciones que correspondan.

Entonces, formalizará investigación por homicidio si existe el cuerpo del delito, por ejemplo, o elementos probatorios que establezca de manera indubitable la preexistencia de la persona; por lesiones personales si existe elemento probatorio objetivo de la misma; lo mismo podemos decir del delito de usurpación, falsificación de documentos, estafa, apropiación ilícita, etc.

De allí que cuando el legislador hace mención a los *indicios* reveladores de la existencia de un delito, debemos entender elementos objetivos de prueba, los mismos que así como permiten el inicio formal del proceso también posibilita su cuestionamiento por las partes ante el órgano jurisdiccional.

b. *Que se haya individualizado al imputado:* Es importante señalar que el proceso penal se debe de seguir contra persona cierta y debidamente identificada. El art. 336.1 dice que se haya individualizado al imputado aún cuando mas apropiado hubiera sido el termino identificado por ser de mayor connotación, pero no habría impedimento alguno para interpretarse de dicha manera pues lo que se busca es conocer debidamente a la persona sujeta a una investigación preparatoria y con posibilidad de aplicársele medida coercitiva. Un proceso serio exige saber no solo que el imputado existe sino determinar quien es, lo que exige conocer sus nombres y apellidos, verificados con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), su domicilio o datos físicos personales. Claro está, que tal información ha debido de verificarse en la investigación preliminar a fin de continuar la persecución penal contra persona cierta. En tal sentido, no cabe una investigación contra personas desconocidas o contra los que *resulten responsables*.

c. *Que la acción penal no haya prescrito:* También se exige la verificación de parte del Fiscal que el hecho denunciado o investigado de oficio no haya prescrito, es decir, que deje de ser perseguible por efecto del transcurso del tiempo. Ello significa realizar el cómputo del tiempo desde la fecha de la comisión del delito siguiendo las reglas que establece el artículo 80 y siguientes del CP que se ocupan tanto de la prescripción ordinaria, extraordinaria y de aquellos casos donde el delito afecte el patrimonio del Estado.

   De haber transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción, el Fiscal no dará inicio formal a la etapa de investigación preparatoria. Es obvio que este examen del tiempo transcurrido también puede hacerlo el Fiscal al momento de recibir la denuncia o iniciada la investigación preliminar evitando de esa manera esfuerzos innecesarios.

d. *Que se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad, si fuere el caso:* Este requisito se encuentra supeditado a la exigencia de algún presupuesto de procedibilidad para el inicio de la investiga-

ción preparatoria y que se encuentre previsto en la ley, sea penal o procesal. No se trata de lo que la autoridad fiscal o judicial estime como requisito de procedibilidad sino de lo que la ley establece. Tal es el caso del delito de omisión de prestación de alimentos, de quiebra fraudulenta, o cuando se trata de delito financiero. De esta manera se busca cumplir con la normatividad existente y evitar la interposición posterior de una cuestión previa.

5.2. Contenido de la disposición Fiscal

De tal manera que el Ministerio Público continúa con la investigación exigiéndose que la disposición emanada del Fiscal y que constituye la *formalización de la investigación* contenga los siguientes requisitos:

a. El nombre del imputado, en este sentido, hay que recordar que el proceso se sigue contra persona cierta, debidamente identificada.

b. Los fundamentos de hecho, que motivan la calificación penal que se hará seguidamente. Son los hechos que motivan la intervención fiscal y que se conocen hasta culminar la investigación preliminar.

c. Los fundamentos de derecho o tipificación (calificación) específica del delito. Que no es sino el tipo penal que el Fiscal considera aplicable al caso concreto. Es más, la ley establece que es posible consignar una tipificación alternativa, cuando las circunstancias aún no resulten claras hasta ese momento procesal, la misma que debe motivar debidamente el Fiscal.

d. El nombre del agraviado, cuando fuere posible su debida identificación.

e. Las diligencias que deben actuarse, conforme al delito que investiga y que complementarán las ya realizadas.

Una vez dictada la disposición que da por iniciada la investigación, el Fiscal debe proceder a comunicar tal decisión y por escrito al Juez de la Investigación Preparatoria (art. 3). Pero lo que resulta de

suma importancia es que si el Fiscal considera que ya existen los elementos probatorios suficientes reunidos durante la etapa anterior (preliminar) que determina la realidad del delito y la responsabilidad del imputado, puede considerar culminada dicha fase de investigación y proceder a la formulación de la acusación fiscal. Nos encontramos ante un supuesto de procedimiento especial llamado *inmediato* (art. 446) procedente cuando: a) el imputado ha sido detenido en flagrante delito; b) el imputado ha confesado el delito; c) hay suficiencia probatoria de la comisión del delito y exista previo interrogatorio del imputado que demuestren su evidencia.

6. LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

Como se podrá observar la dirección de la investigación preparatoria se encuentra a cargo del Fiscal, sin embargo la nueva legislación procesal crea la figura del Juez para dicha investigación que, en esencia, cumple funciones de garantía para efecto de las decisiones más importantes que se dictan durante dicha etapa, entre las principales:

a. Decide el apersonamiento de las partes en el proceso, por ejemplo, del actor civil o tercero civil responsable.
b. Dicta las medidas cautelares o coercitivas, a pedido del fiscal o las partes, sea imponiéndolas o variándolas, como ya se ha dicho.
c. Se pronuncia sobre la actuación de determinadas diligencias de investigación cuando sean rechazadas por el Fiscal.
d. Dirige la audiencia en donde decide los pedidos formulados por las partes con intervención de las mismas.
e. Decide la actuación de la prueba anticipada tanto en fase preparatoria o intermedia.
f. Dicta la resolución de sobreseimiento del proceso.
g. Dirige la etapa intermedia del proceso.

Entonces, la actividad judicial no resulta pasiva ni ajena al procedimiento, la intervención judicial se hace necesaria conforme a nuestro ordenamiento constitucional, incluso, puede afirmarse que puede ser muy continua la intervención del Juez en esta etapa si se tiene en cuenta que dirige las audiencias para resolver pedidos de variación de medidas, excepciones y otras peticiones, lo que visto desde la perspectiva del proceso rápido, puede generar dilación no querida por el legislador. En estos casos, no cabe duda que la introducción de mecanismos garantistas en los procesos modernos siempre importa posibilidades como la planteada.

7. LAS PRINCIPALES DILIGENCIAS

Durante esta etapa el Fiscal realizará las diligencias que son complementarias de la preliminar y en todo caso ampliatorias a fin de lograr sus objetivos. Seguidamente señalaremos las principales diligencias y sus características más resaltantes.

7.1. La declaración del imputado

La declaración del imputado en esta etapa preparatoria resulta generalmente adicional o complementaria, debido a que debe haber prestado declaración en la etapa preliminar. Si no hubiera declarado antes constituiría el primer acercamiento formal que hace la persona investigada a fin de declarar sobre los hechos que motivan la investigación.

Su objetivo radica en conocer, a través del interrogatorio, su versión sobre los cargos que se le hacen, su participación, la de otras personas, las circunstancias propias del hecho y demás datos que sean importantes para alcanzar los fines del proceso. Permite también conocer directamente a la persona investigada, su condición cultural y sus cualidades personales, familiares y sociales.

A diferencia de la legislación anterior, se cambia la denominada declaración *instructiva*, que obedecía al hecho de recibirse tal declaración en la etapa de la instrucción, por la *declaración del imputado*. En

el proceso penal presenta las mismas características aún cuando sean distintos los momentos procesales donde se reciba su dicho. Si el imputado presta su declaración en la etapa de la investigación preliminar conforme a las reglas que éste código establece, su declaración posterior (investigación preparatoria) seria complementaria, aún cuando cabe la posibilidad de que modifique lo declarado o proceda a retractarse. En cualquier caso, la declaración del imputado se hace ante el Fiscal cuando éste lo disponga, con intervención de su defensor, así como también debe señalarse el derecho que tiene el imputado de ampliar su declaración debiendo accederse a dicho pedido. Sólo podrá rechazarse el pedido si se apreciare intención dilatoria o maliciosa (art. 86.1).

Esta diligencia tiene naturaleza formal, se levantará acta suscrita por todas las personas intervinientes. El nuevo código establece determinadas reglas para esta diligencia:

a. El Fiscal le hace conocer al imputado de los cargos formulados en su contra y las pruebas existentes en su contra; asimismo, las disposiciones penales que se consideren de aplicación. Si hubiese ampliación de la denuncia, se procederá de la misma forma.

b. Se le hará conocer del derecho que tiene a abstenerse de declarar y que su silencio no podrá ser utilizado en su contra.

c. Se le hará conocer que tiene derecho a la presencia de su defensor y que si no puede nombrarlo se le designará un abogado de oficio.

d. Se le informará que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba (si la declaración se produce en el juicio oral).

e. Se informará al imputado que puede dictar su declaración a efecto de que se transcriba lo que esta deponiendo. Naturalmente, podrá revisar su propia declaración al final de la diligencia e incluso durante el curso de la misma.

f. Se le exhortará para que responda con claridad y precisión a las preguntas que se formulan.

g. Ya sea el Fiscal o el Juez, dependiendo de la etapa procesal, podrán hacer de conocimiento del imputado de los beneficios que

prevé la ley si coopera con el esclarecimiento de los hechos. Esta referencia está especialmente dirigida a la aplicación posible de la confesión sincera u otros mecanismos de derecho penal premial.

De otro lado y atendiendo al contenido en sí de la declaración del imputado, se mantienen los presupuestos conocidos con las siguientes precisiones:

a. Las llamadas generales de ley del imputado que comprende su nombre (o alias), lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, lugares de residencia anterior, nombre de los padres, cónyuge e hijos y de las personas con las que vive.

b. El imputado prestará declaración con libertad, sin el uso de esposas u otra forma de seguridad y sólo con la presencia de personas autorizadas.

c. También se le preguntará si ha sido procesado anteriormente por el mismo hecho o por otros, proporcionando la información necesaria sobre el proceso. La finalidad es obvia, evitar una doble persecución o decisión sobre los mismos hechos.

d. Se le interrogará sobre los bienes que tiene y los títulos que lo sustente e incluso si están libres de gravamen.

e. También se le interrogará sobre su relación con los demás imputados y agraviados.

f. Sobre el tema de fondo, se le invitará a que declare sobre la imputación existente en su contra, pudiendo pedir a la autoridad judicial la actuación de actos de investigación o de prueba que le pueda favorecer.

g. El Fiscal y el defensor lo interrogarán directamente. En el juzgamiento se procederá al interrogatorio por todas las partes, de la misma forma pero bajo la dirección del juez, resultando casi excepcional su intervención pues formulará preguntas para cubrir algún vacío o para esclarecer los hechos.

h. Las preguntas serán claras y precisas; se prohiben aquellas que fueran capciosas, ambiguas o sugestivas. El imputado no puede

ser coaccionado, inducido o determinado a declarar en contra de su voluntad ni sometido a promesas tendientes a obtener su confesión.

i. Con ocasión del interrogatorio, podrá procederse al reconocimiento de documentos, personas o cosas, cumpliéndose con las formalidades que se exigen para dichas diligencias.

j. Si el imputado mostrare cansancio o falta de serenidad, se suspenderá la diligencia hasta superar tales circunstancias.

k. Si el imputado se niega a declarar se dejará constancia en el acta. Si se niega a firmar, se dejará constancia del motivo.

7.2. La declaración de los testigos

La declaración testimonial en el proceso penal constituye un medio probatorio de suma importancia para efecto del esclarecimiento de los hechos. El testigo, como órgano de prueba aparece como la primera fuente de información que tiene la autoridad judicial para conocer lo que sucedió en relación a los hechos considerados delictuosos así como las personas involucradas. Por ello, el legislador precisa que a) el testigo debe declarar sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba; b) en los casos de testigo indirecto o de referencia, se obliga a su verificación pues éste es fuente de prueba, caso contrario, no será utilizado; y c) el testigo no puede emitir conceptos u opiniones personales sobre hechos ni responsabilidades personales.

En tal sentido, el testigo tiene el deber de colaborar con la justicia y la obligación de concurrir a las citaciones que haga la Fiscalía en el ámbito de las investigaciones así como a la sede judicial para efectos del juicio oral y responder con la verdad a las preguntas que se le hagan (art. 163). En caso de inasistencia a la primera citación será conducido compulsivamente por medio de la fuerza pública (art. 164.3).

7.3. El examen del testigo

La declaración de los testigos se desarrolla bajo disposiciones ya conocidas pero con mayores precisiones: a) debe ser instruido de sus obli-

gaciones y responsabilidades; b) debe ser advertido que no está obligado a responder a preguntas de las cuales puede surgir su responsabilidad penal; y c) debe prestar juramento o promesa de honor antes de declarar, excepto en los casos de vinculo familiar o se trate de menores de edad o de quienes presenten anomalía síquica o alteración en la percepción.

El testigo será preguntado por sus datos de identidad, estado civil, profesión, domicilio, su relación con el imputado, agraviado o con alguna otra persona interesada en el proceso. También se incluye la reserva de la información sobre su domicilio si el testigo expresara la existencia de *temor* sobre su integridad, incluso se posibilita la reserva de toda información sobre la identidad del testigo (art. 170.4).

Como se ha dicho, al testigo se le interrogará sobre los hechos que ha conocido, las circunstancias del mismo así como las personas que han intervenido o se encuentren involucrados. Las preguntas que se le formulen deben ser claras y objetivas; se harán las re-preguntas necesarias y las observaciones que sean pertinentes cuando se advirtiera de ello y redundara en el esclarecimiento de los hechos. No se debe aceptar las preguntas capciosas o sugestivas o aquellas que no resulten pertinentes a los hechos que se investigan o juzgan; el fiscal o juez pueden rechazarlas aún de oficio.

7.3.1. Abstenciones al rendir la declaración testimonial

Al lado del deber de testimoniar también existen excepciones o supuestos en los cuales los testigos no están obligados a prestar declaración. En tal sentido, el legislador trata de las *abstenciones* para rendir testimonio.

a. *Por razones de vínculo familiar:* El cónyuge, o conviviente del imputado, aún cuando haya cesado el vínculo, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y se extiende a los parientes por adopción. Se trata de un derecho que les asiste a las referidas personas, las mismas que pueden declarar, negarse, en todo o en parte, pero siempre serán advertidos por la autoridad judicial al inicio de la diligencia.

b. *Por razones de Secreto Profesional o de Estado:* La razón de la abstención a declara de determinados testigos radica en los fundamentos propios de la profesión o culto religioso: el secreto o el deber de reserva de lo que se conoce en el ejercicio de la profesión o culto religioso.

El legislador del nuevo código ha realizado precisiones a esta excepción comprendiendo como abstención no sólo a los testigos vinculados con el secreto profesional sino también aquellos casos donde el secreto de Estado aparece como una responsabilidad de funcionarios públicos.

7.3.2. Testimonio de altas autoridades y casos especiales

El nuevo Código Procesal Penal también regula la declaración de los altos dignatarios del Estado, de los miembros del cuerpo diplomático, del testimonio de las personas residentes en lugares distintos a la sede judicial y de determinados casos especiales.

Para el caso de los altos dignatarios del Estado comprende una relación amplia y específica de autoridades: Presidente de la República, Presidente del Consejo de Ministros, Congresistas, Ministros de Estado, Magistrados del Tribunal Constitucional, Fiscal de la Nación, Vocales y Fiscales Supremos, Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Supremo de Justicia Militar, Comandantes Generales de los Institutos Armados, Director General de la Policía Nacional, Presidente del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Contralor General de la República, Presidente de las Regiones, Cardenales, Arzobispos, Obispos, o autoridades superiores de otros cultos religiosos, y demás personas que la ley señale. Tratándose de las personas citadas se establece que declararán en su domicilio o en sus despachos.

Se entiende que el Fiscal realiza esta diligencia en la etapa de investigación, sin embargo, se prevé que el juez puede autorizar que se reciba su testimonio por escrito, cursando el pliego interrogatorio elaborado a instancia de las partes (art. 167.1). También se señala que el examen se procede de manera regular, salvo en el caso de los Presiden-

tes de los Poderes del Estado y el Presidente del Consejo de Ministros, cuando el juez considere indispensable su presencia para la realización de un reconocimiento, careo u otra diligencia que estime necesaria (art. 167.2).

En el caso de funcionarios del cuerpo diplomático o consular acreditados en el Perú, aún cuando hayan culminado sus misiones y se encuentren en el extranjero, se les recibirá su declaración testimonial a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se les remitirá el pliego interrogatorio en que absolverá bajo juramento o promesa de decir la verdad (art. 168).

También se establece la declaración testimonial por la vía tradicional del exhorto, cuando se tratare de testigos que residen fuera de la localidad de la sede judicial o en el extranjero. Prevé la nueva ley la posibilidad de utilizar medios tecnológicos más modernos y apropiados como la tele conferencia o videoconferencia, o la filmación de la declaración, con la participación del fiscal y los defensores, y en su caso, con el cónsul o funcionario habilitado.

El nuevo Código establece ordenadamente la declaración de testigos denominados especiales, según circunstancias limitativas de sus sentidos, estado de salud física o emocional, u otras circunstancias puntuales. Es el caso de los sordos, mudos y sordomudos o de personas que no hablan castellano, pudiéndose requerir interprete; o cuando el testigo se encuentra enfermo, pudiendo utilizarse las reglas de la prueba anticipada; o cuando se trate de declaración de menores o víctimas con afectación sicológica, las que podrá declarar en privado (art. 171.1, 2 y 3).

7.3.3. Reconocimiento efectuado por testigo

La declaración del testigo resulta de suma importancia en el proceso penal pues muchas veces permite conocer más allá de los que aparece brevemente en los hechos que se investigan o juzgan, también, posibilita la recreación de los hechos y su contrastación con la versión ofrecida por el imputado, agraviado y la de otros testigos. Pero también es importante el *reconocimiento* que el testigo presencial puede hacer

sobre la persona o cosa que conoce con motivo de la realización de un delito, para ello, la ley procesal que comentamos exige que describa previamente a la persona o cosa, para luego pasar a relatar las circunstancias especiales de su conocimiento (art. 171.4). Para el caso específico del reconocimiento de personas se procederá de acuerdo con lo señalado en al artículos 189 a 191 del mismo código.

7.4. La declaración del agraviado

El agraviado es la víctima del delito y como tal su declaración en el proceso penal resulta de suma importancia pues permitirá conocer de manera directa como se produjeron los hechos, la conducta realizada por el agente, los medios empleados, el modo de la ejecución y las circunstancias propias que rodearon al hecho. Constituye el eje central de la denuncia y el origen de los cargos incriminatorios de delito.

Al agraviado se le interrogará sobre los hechos donde ha resultado víctima del delito, sobre las circunstancias de su perpetración, de las personas que han intervenido, sobre los posibles testigos y cualquier otra circunstancia que conducente al esclarecimiento de los hechos que se investigan. Previamente a su declaración, se le hará conocer de sus derechos y si se tratare de menor de edad o incapaz deberá estar acompañado de alguna persona de su confianza (art. 95.3).

El agraviado será examinado siguiendo la formalidad que a los testigos, pero se dispone expresamente que aún habiéndose constituido en actor civil, debe declarar como testigo en el proceso penal.

El Código al igual que la legislación que se deja, no tiene un capítulo especial para tratar de la declaración del agraviado y salvo las diferencias existentes sobre las formas de intervención y apersonamiento, se señala expresamente que prestará declaración bajo las mismas reglas que se sigue para los testigos.

7.5. La pericia

La pericia constituye uno de los medios científicos o técnicos más importantes que tiene la autoridad fiscal y judicial para el análisis de

los elementos probatorios y contribuir al esclarecimiento de los hechos. Por ello constituye, en esencia, un acto de investigación de suma utilidad para ilustrar a la autoridad fiscal y judicial en asuntos que requieren conocimientos especiales.

De acuerdo con el art. 172.1 del nuevo código, procede 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 Fiscal o el juzgador dispondrá de esta diligencia, de oficio o a pedido de las partes, en los casos que sea necesario y cuyo resultado permita esclarecer o comprobar determinados hechos, sean de cargo o de descargo.

7.5.1. El perito

El perito es aquella persona que posee conocimientos científicos, técnicos o artísticos que emiten juicio de valor respecto de un hecho u objeto relacionado con la investigación. El informe pericial es el resultado de la labor realizada por el perito y que comprende el objeto de estudio o de pericia determinado por la autoridad judicial, el método que se sigue y las conclusiones a las que llega el perito, es el llamado dictamen pericial.

7.5.2. Características de la pericia

a. La pericia se ordena por el Fiscal en la etapa preparatoria o por el juez de la investigación preparatoria en casos de prueba anticipada o por el juez del juicio.

b. Se nombrará a un perito entre los especialistas y entre éstos a los que sirven al Estado; en su defecto, entre los designados o inscritos, según la LOPJ. En casos complejos se podrán designar a dos o más peritos.

c. Se establece que la labor pericial se encargará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la PNP, al Instituto de Medicina Legal del MP y al Sistema nacional de

Control, y cualquier organismo del Estado con labor científica o técnica, prestando auxilio gratuitamente (art. 173.2). Las universidades, institutos de investigación o personas jurídicas especializadas podrán asumir también labor pericial.

d. El perito prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia.

e. El objeto de la pericia será determinada por la autoridad fiscal o judicial, según el estadio procesal. También fijará el plazo para la entrega del informe pericial.

f. Se podrá disponer la ampliación de la pericia por el mismo perito o designar otro perito.

g. Se señala que no podrán ser nombrados peritos quienes se encuentren dentro de las mismas causales que los testigos, o haya intervenido como parte en el mismo proceso u otro conexo; o se encuentre inhabilitado o suspendido, o haya sido testigo del mismo hecho. En los mismos casos se excusarán.

h. Se prevé la tacha de peritos en los casos señalados anteriormente. Procede la subrogación del perito. También se señala que la tacha no impide la presentación de la pericia.

i. El perito también será subrogado si, habiendo sido apercibido, demuestra negligencia en el ejercicio de sus funciones.

j. La labor pericial es gratuita y en los casos que no lo fueran, los honorarios se fijarán conforme a la tabla que se apruebe para tal efecto.

k. El perito tiene acceso al expediente y demás evidencias, está obligado a la reserva, bajo responsabilidad.

7.5.3. Los peritos oficiales y los de parte

La nueva ley procesal separa igualmente a los peritos oficiales de los peritos de parte. Los primeros presentan las particularidades ya señaladas líneas arriba, como designación oficial, gratuidad de su labor, juramentación, presentación del informe, examen; los segundos, los pe-

ritos de parte, son aquellos presentados por la parte interesada a fin de que expongan sus opiniones científicas, técnicas o artísticas.

El perito de parte es propuesto cuando el fiscal o juez designe perito oficial y dentro del quinto día de notificadas las partes; está facultado para presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar constancia de su saber y conocimiento. Se establece que las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo casos de urgencia o casos muy simples (art. 177). El perito de parte también puede presentar su pericia particular e incluso procederse al debate pericial en el juicio oral (art. 181.3).

7.5.4. Contenido del informe pericial oficial

El informe pericial oficial debe contener los datos de identidad y registro de colegiatura del perito; la descripción de los hechos o cosa objeto de la pericia; la relación detallada de lo que se ha comprobado; la fundamentación del examen técnico; la indicación de la técnica empleada; las conclusiones, fecha, sello y firma. Como toda pericia, se establece que la misma no debe contener calificación jurídica o como dice la norma "juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado" (art. 178).

7.5.5. El examen o explicación pericial

Además del informe pericial documentado, la ley establece el examen o interrogatorio directo del perito con la finalidad de que pueda explicar el contenido del mismo, objeto, método seguido y conclusiones. De esta manera el perito hará las precisiones del caso, explicará del significado de los términos técnicos empleados y responderá a las preguntas que las partes y autoridades judiciales le formulen. Se trata de la llamada ratificación de la pericia del sistema procesal que se deja. La nota característica se centra en que esta diligencia se producirá en el juzgamiento, ante la autoridad jurisdiccional, incluso, se señala que en el caso de existir informes discrepantes entre los peritos oficiales, se procederá al debate entre ellos en el curso del juicio oral (art. 181).

7.6. El careo

Constituye una de las diligencias de suma importancia en el proceso penal cuando de las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos se desprenden contradicciones sobre determinados puntos o temas y resulta necesario que su esclarecimiento, poniendo a las partes en oposición física a fin de que expliquen lo dicho, lo aclaren o lo mantenga; diligencia que se produce a pedido de las partes o de oficio por el Fiscal o por el juzgador, según el estadio procesal que se formule.

La nueva ley procesal establece reglas para esta diligencia y de las mismas se deduce que su práctica sólo se realizará en el juicio oral. En efecto, la ley procesal establece que "el juez hará referencia a las declaraciones de los sometidos a careo, les preguntará si las confirman o las modifican, invitándoles, si fuera necesario, a referirse recíprocamente a sus versiones", seguidamente, "el Ministerio Público y los demás sujetos procesales podrán interrogar..." (art. 183.2). Al parecer ello permitiría evitar la duplicidad de la diligencia, en fase investigatoria como en el juicio oral, dejándose sólo para la última de las indicadas. Sin embargo, el artículo 242.2. b) permite la realización del careo en fase de investigación preparatoria en el caso de prueba anticipada.

La ley establece que no procede entre el imputado y la víctima menor de catorce años, salvo que su defensa o representante lo solicite de manera expresa (art. 182).

Esta diligencia presenta las siguientes características: a) la determinación de discrepancias advertidas en las declaraciones de los citados órganos de prueba; b) la verificación por parte de la autoridad judicial de la existencia de tales contradicciones; c) la realización de la diligencia colocando frente a frente a los protagonistas; d) la ampliación o aclaración o rectificación de los puntos controvertidos; e) la posibilidad de formulación de preguntas por las partes. Cabe señalar que el legislador ha considerado levantar la prohibición que existía para la realización del careo entre testigos. Esta decisión es pertinente y necesaria pues no existía razón valedera para negarla y la jurisprudencia nos enseña, que en no pocos casos, los testigos pueden declarar de manera distinta y hasta contrapuesta, lo que exige su esclarecimiento.

Es igualmente necesario indicar que esta diligencia se sujeta a los principios de contradicción e inmediación, principalmente, de manera que la autoridad judicial podrá valorar el contenido de dichos elementos probatorios. En algunos casos es posible advertir la admisión de cargos y confesión de parte del imputado.

7.7. Los documentos

La incorporación de documentos aparece como un medio probatorio de singular importancia en el proceso penal, puede corroborar otros elementos de prueba, o constituir una fuente de prueba o ser determinante en la responsabilidad o inocencia del imputado.El documento constituye un hecho que representa otro hecho. También se le conceptúa como el medio de prueba que contiene de manera permanente una representación actual, del pensamiento o conocimiento o de una aptitud artística o de un acto o estado de la naturaleza, de la sociedad, etc. cuya identificación es identificable y entendible. Comprende todas las manifestaciones de hechos como manuscritos, impresos, fotocopias, películas, grabaciones magnetofónica, vídeo, disquetes, slides, fotografías, caricaturas, planos, pinturas, pentagramas, cartas, fax, códigos de comunicación, fórmulas, etc.

El nuevo Código procesal penal establece que todo documento que pueda servir como medio de prueba se podrá incorporar al proceso, obligando a quien lo tenga a que lo presente, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo que se requiera orden judicial. Durante la investigación preparatoria el Fiscal solicitará la presentación del documento y en caso de negativa, solicitará al juez ordene la incautación del mismo (art. 184). Precisa la norma procesal que declaraciones anónimas contenidas en documentos no se podrán ser utilizados en el proceso, menos incorporarlas, salvo que constituya cuerpo del delito o que provengan del imputado.

7.7.1. Reconocimiento de documento

El Código señala la diligencia de reconocimiento de documento cuando sea necesario, sea por su autor, o quien resulte identificado por

su voz, imagen, huella u otro medio, también por la persona que efectuó el registro. Los testigos también podrán ser llamados a reconocer un documento o con ocasión de prestar declaración ante la autoridad judicial. Se establece asimismo que puede hacerse uso de la prueba pericial a fin de verificar la autenticidad de algún documento (art. 186).

7.7.2. Visualización de documento

La necesidad de asegurar el contenido del documento y que permita su mejor análisis y contrastación, se establecen disposiciones relativas a su traducción, transcripción y visualización.

7.8. El reconocimiento de personas

También se le conoce con reconocimiento en rueda o de personas. Este reconocimiento constituye una de las diligencias judiciales (y policiales) de relevante impacto dentro de los actos de investigación pues importa sindicación o imputación directa de la víctima o testigo del hecho que se investiga sobre la persona imputada del mismo. De allí que se regule de manera específica en el nuevo código procesal en los artículos 189 a 191.

Tres son básicamente las exigencias legales: a) descripción previa de la persona a reconocer; b) el examen visual de la persona descrita entre otras que presenten similares características; y c) el reconocimiento de la persona imputada. Por ello el art. 189.1 establece que "Quien lo realiza, previamente describirá a la persona aludida. Acto seguido, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes. En presencia de todas ellas, y/o desde un punto de donde no pueda ser visto, se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es."

El presupuesto previo es que la persona que va a reconocer a otra no la conozca, de allí el término reconocimiento, de tal manera que si la víctima o testigo sabe de quien se trata (por ser vecino, pariente o perso-

na conocida), pero no sabe o recuerda su nombre, no se deberá realizar la diligencia, sino ubicar e identificar a la persona indicada.

Establece el legislador que se requerirá de la presencia del defensor del imputado a reconocer, sin embargo, si no estuviera presente, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá presenciar la diligencia, la misma que será considerada como prueba anticipada. Resulta obvio que se ha querido, con la presencia del juez, dotar a dicha diligencia de las garantías necesarias; tampoco habría inconveniente procesal para que, haciéndose presente el abogado en la diligencia, ésta continuara con la intervención de ambos sujetos procesales.

Se regula el reconocimiento realizado por varias personas y de varias personas respecto de una. Incluso, el legislador ha considerado importante incluir el reconocimiento de personas distintas a la del imputado, es decir, a terceros, que bien pueden ser testigos o nuevos involucrados, para ello se seguirán los criterios ya expuestos.

Hay que agregar que, tratándose de personas se habilita el reconocimiento del imputado a través de la fotografía u *otros registros*, observando las mismas reglas. Ello permite el empleo también de videos u otras formas de registrar a personas.

Finalmente, se establece el reconocimiento de voces, sonido y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, para lo cual se podrá utilizar los medios técnicos necesarios. Igualmente se procederá con el reconocimiento de cosas, las que deberán ser descritas previamente y exhibidas en la forma señalada para los documentos (arts. 190 y 191). En todos los casos se deberá levantar acta de lo actuado.

7.9. La inspección judicial y la reconstrucción

Tanto la inspección judicial como la reconstrucción constituyen actos de comprobación del delito que realiza la autoridad judicial y que posibilitan un acercamiento con la escena del crimen y/o el conocimiento de las circunstancias que rodearon al mismo sobre la base de las declaraciones vertidas durante la investigación. De allí que normal-

mente ser realicen durante la fase de investigación preparatoria por el Ministerio Público.

La norma procesal también faculta al juez ordenar dichas diligencias, lo que podría comprender tanto al juez de la investigación preparatoria como al juez del juicio (art. 192.1).

La inspección o reconocimiento judicial, conocida como la *inspección ocular*, es aquella actividad investigatoria dirigida por el Fiscal para examinar directamente la escena del crimen con la finalidad de lograr una mejor apreciación de los hechos y circunstancias así como recoger los elementos probatorios que aún se encuentren. La disposición procesal establece que el objeto de dicha diligencia es "comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas" (art. 192.1). En esencia, se trata de tales vestigios, huellas u otros efectos encontrados y relacionados con la comisión de un delito que permitan su conocimiento o la participación de determinadas personas. Es un medio de comprobación directo de parte de la autoridad fiscal, se dispone cuando sea necesario, de oficio, o a pedido de parte y siempre dependiendo del hecho que se investiga pues no todo delito requiere de dicha diligencia. Además, se realiza de manera *minuciosa*, "comprendiendo la escena de los hechos y todo lo que pueda constituir prueba material del delito." (art. 193).

La reconstrucción es una diligencia de naturaleza dinámica que tiene por finalidad reconstruir de manera artificial el delito o parte del mismo, a través de las versiones que han aportado los imputados, agraviados y testigos, incluyendo también cualquier otra prueba relacionada con el hecho a verificar, en virtud de lo cual la autoridad judicial tendrá mejores elementos de juicio para conocer mejor lo ocurrido. Ello exige que, preferentemente, las declaraciones sean coincidentes en lo sustancial, pues si el imputado niega el delito o la forma en que participó o un testigo declara algo distinto al resto, no se le podrá obligar a la practica de la diligencia en comento.

De acuerdo con la norma procesal, esta diligencia tiene por finalidad "verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con

las declaraciones y demás pruebas actuadas", pero además, se establece que no se obligará al imputado a intervenir en el acto (art. 192.3) lo que resulta coherente con el derecho de defensa que le asiste. Se establece, además, que esta diligencia de reconstrucción se deberá realizar con la mayor reserva posible.

El Código establece disposiciones comunes: a) deben realizarse en lo posible con la participación de testigos y peritos; b) pueden levantarse planos, croquis, tomar fotografías, hacer grabaciones; en caso de delitos contra la libertad sexual, no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad o de víctimas que puedan ser afectadas psicológicamente (art. 1949).

7.10. Las diligencias especiales

El nuevo código procesal regula las llamadas diligencias especiales en atención a la naturaleza del delito que se investiga estableciendo pautas específicas en su actuación o en el valor que de ellas se desprende. Están reguladas en los artículos 195 a 201 que pasamos a comentar brevemente.

7.10.1. El levantamiento de cadáver

Esta diligencia se practica cuando existe muerte sospechosa de delito, por disposición del Fiscal y con la participación, de ser posible, de personal especializado en criminalística, del médico legista, levantándose acta. En caso de existir razones de índole geográfico no se exigirá de policía especializada. Se establece también que el Fiscal podrá delegar la diligencia en el fiscal adjunto, en la policía o en el Juez de Paz (art. 195).

Esta diligencia tiene un presupuesto: caso de muerte sospechosa de delito, y principalmente dos finalidades: la identificación del cadáver (a través de documentación o huellas) y la realización del examen pericial llamado necropsia. De allí que presentado el caso, el Fiscal debe de constituirse lo mas pronto posible y disponer lo pertinente.

7.10.2. La necropsia

La necropsia permite establecer la causa de la muerte mediante un examen minucioso realizado por el médico legista. Esta pericia es obligatoria, excepto en el caso de que la muerte que es producida por accidente en un medio de transporte (no comprende al conductor) o como resultado de un desastre natural, sin perjuicio de la identificación del cadáver para ser entregado a sus familiares. También se puede practicar a pedido de parte.

El Fiscal o su adjunto deberá estar presente en la diligencia, también pueden participar los defensores, quienes podrán acreditar peritos de parte (art. 196).

7.10.3. El embalsamamiento de cadáver

Se trata de una situación especial por la cual el Fiscal estima necesario que el cadáver se someta a un tratamiento de *embalsamamiento* a fin de que se pueda conservar lo mejor posible, atendiendo a que en el curso de la investigación pueda realizarse una nueva pericia. Solo se ordena en los casos de muerte sospechosa de delito y previo informe médico. La ley procesal dispone que tal procedimiento este a cargo de un profesional competente (art. 197).

Bajo la misma consideración y a diferencia de la legislación vigente, se establece que no se podrá autorizar la *incineración* del cadáver durante la investigación, sino hasta que la sentencia quede firme y por la autoridad jurisdiccional.

7.10.4. El examen de vísceras y materias sospechosas

Esta diligencia se practica cuando existe sospecha de envenamiento y exige que el perito examine las vísceras y las materias sospechosas que se encuentran en el cadáver o en otra parte; tales muestras se colocarán en envases aparentes, cerrados y lacrados y se remitirán al laboratorio especializado (art. 198). Queda claro que si en el lugar

donde se realiza esta pericia también se encuentra el laboratorio para la práctica del examen, no habrá necesidad de remisión alguna.

Se realiza esta diligencia especial en caso de homicidio y se establece que las materias objeto de la pericia se conservará, si fuera posible, para ser presentada en el juicio oral (art. 198.2).

7.10.5. El examen por lesiones y agresión sexual

Para el caso de las lesiones corporales es necesario contar con la pericia que sustente la calificación jurídico-penal. En tal sentido, la pericia comprenderá principalmente dos puntos: a) la determinación del arma o instrumento que haya ocasionado la lesión; y b) si la lesión dejó deformaciones o señales permanentes en el rostro, o se puso en peligro la vida, causó enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano.

De allí que la pericia contenga una afirmación o no del daño o lesión en relación con las exigencias del tipo penal que prevé el Código Penal.

En el caso de agresión sexual, se dispone expresamente que la pericia sea realizada por el médico encargado del servicio y con la asistencia, si fuere necesario, de un profesional auxiliar (art. 200). Debemos entender que se trata de un médico perito o un medico legista, en los lugares donde cumplan con dicha función, en todo caso, podrán intervenir otros médicos, cuidando la designación por la especialidad.

7.10.6. El examen en caso de aborto. Preexistencia de embarazo

Esta pericia se practica para determinar la *preexistencia del embarazo* en los casos de aborto o incluso en las investigaciones por delito de homicidio calificado. Se pretende encontrar signos demostrativos de la interrupción del embarazo, las causas, la gravedad del hecho y sus circunstancias, lo que permitirá a su vez determinar a sus autores y partícipes.

7.10.7. La preexistencia del bien patrimonial

Al igual que en la legislación vigente, en los delitos contra el patrimonio se debe de acreditar la preexistencia de la cosa materia del delito, y si bien la norma no lo dice expresamente, ello corresponde principalmente a la víctima.

Pero también se establece en la nueva ley procesal que para la valorización de cosas, bienes o para la determinación del importe o daño sufridos, se procederá mediante una pericia, salvo que exista otro medio idóneo o sea posible una estimación judicial por su simplicidad o evidencia. Es decir, en los casos evidentes o de simple verificación judicial no será necesaria la designación de perito para proceder a la valorización.

8. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

La nueva regulación procesal incorpora dos actos especiales de investigación: la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (art. 340) y el agente encubierto (art. 341). Ambos están destinados a la obtención de fuente de prueba, formando parte de la estrategia fiscal en al persecución del delito, de ahí que su adopción sea de competencia exclusiva del titular de la acción penal. Dichos actos de investigación no son de aplicación en todos los delitos, sino están vinculados al ámbito de la criminalidad organizada

8.1. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

El código, en su artículo 340, define esta diligencia como "(...) la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. El recurso a la entrega vigilada se hará

caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales". Aunado a ello, en el mismo artículo determina, de forma taxativa, qué bienes pueden ser materia de este tipo de acto de investigación.

8.2. El agente encubierto

Existen dos presupuestos para adoptar este acto de investigación: a) cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada; y b) cuando existan indicios de la comisión del delito. Cuando ello ocurra, el Fiscal puede autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional a actuar bajo una identidad distinta (que será otorgada por Dirección General de la Policía Nacional), con el fin de conocer datos relevantes en torno a esa organización delictiva que permitan alcanzar los fines de la investigación.

Los sujetos, que tengan la calidad de agentes encubiertos, están legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico social y jurídico con la identidad encubierta.

En el caso que, los agentes encubiertos, cometan algún delito, en virtud de su condición, su conducta podrá ser típica, pero es no antijurídica (ya que el ordenamiento jurídico la considera como legítima), por lo cual se encuentran exentos de responsabilidad penal.

9. PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Como se podrá apreciar, esta fase de investigación culmina cuando se han alcanzado los objetivos propuestos o con el vencimiento de los plazos señalados, no se contemplan plazos excepcionales. De tal manera que se tendrá que decidir por parte del Fiscal el paso o no a la fase intermedia del proceso.

Conforme al nuevo proceso penal, el plazo de la investigación preparatoria es de ciento veinte (120) días naturales y existiendo causa justificada se puede ampliar por el Fiscal por única vez hasta un máxi-

mo de sesenta (60) días naturales. En este caso se requiere disposición motivada y se debe de señalar las diligencias que van a realizarse. El plazo no difiere mucho con respecto al código anterior, lo que no significa que necesariamente tenga que agotarse el término para dar por culminada esta fase preparatoria.

También se contempla la posibilidad de extender el plazo hasta por ocho meses más cuando se trata de *casos complejos*. El caso es complejo en atención a la cantidad significativa de actos de investigación, por el número de delitos, el número importante de imputados o agraviados, si se investiga a organizaciones delictivas, si se trata de pericias complejas (pericias de nutrida documentación o complicados análisis técnicos), si comprende diligencias en el extranjero, o la investigación de personas jurídicas o entidades estatales (art. 342.3). Corresponde al juez de la investigación preparatoria conceder esta ampliación del plazo a solicitud del Fiscal.

Cabe señalar que no se contemplan plazos excepcionales adicionales, lo que exige cumplir con el cometido de la investigación preparatoria.

Una vez vencido el plazo máximo de investigación el Fiscal debe dar por concluida la misma. Ello produce la *caducidad* de lo que se pudo y debió hacer (art. 144.1), consecuentemente, no se podrá actuar diligencias de investigación, salvo que se produzca la *reposición* del plazo por fuerza mayor, caso fortuito, defecto de notificación (art. 145).

Si el Fiscal no diera por concluida la investigación, las partes pueden recurrir al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de solicitar la realización de una *audiencia de control de plazo* para que resuelva la culminación de la investigación.

Para esta diligencia el Juez citará al Fiscal y las partes para analizar la documentación existente en la carpeta fiscal y escuchar a las partes. Los efectos procesales inmediatos son los siguientes:

a. Si el juez considera que no se han vencido el plazo, dispondrá la continuación de la investigación preparatoria.

b. Si el juez considera que ya se ha vencido el plazo ordenará la conclusión de la investigación, concediendo al fiscal un plazo de 10

días para que emita pronunciamiento sobre le fondo del caso, es decir, formulando el requerimiento de sobreseimiento o de acusación.

c. En este último caso, la ley prevé la posibilidad de sanción disciplinaria si el fiscal no cumple lo dispuesto por el Juez, la misma que se canalizará por las normas internas del Ministerio Público (art. 343.3).

Capítulo III

LA ETAPA INTERMEDIA Y EL JUZGAMIENTO

I. LA ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL

1. NATURALEZA JURÍDICA

La fase intermedia constituye una fase ya reconocida por nuestra doctrina[75] y el derecho comparado, que aparece expresamente en el nuevo proceso penal y que constituye el espacio procesal adecuado dirigido por el órgano jurisdiccional -juez de la investigación preparatoria- para preparar el paso a la siguiente fase de juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso o también para plantear algunas incidencias, que es el caso de las excepciones -si no hubieran sido deducidas antes- o realizar algunas diligencias como puede ser la prueba anticipada.

Para Manuel ORTELLS RAMOS, aún cuando considera que la fase intermedia carece de contenido determinado, señala que es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.[76] Es la etapa que define el paso a la siguiente fase del proceso penal.

Como se podrá apreciar de la simple lectura de los artículos 344° y siguientes se trata de una etapa de apreciación y análisis de la actividad investigatoria para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también, para que se analicen los

75 Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 539 y ss.

76 ORTELLS RAMOS, Manuel, *El proceso penal abreviado* (nuevo estudio) Editorial Comares, Granada, 1997, p. 120.

elementos probatorios que sustentan las pretensiones de las partes. En este sentido, toda la actividad probatoria actuada debe ser sometida a los filtros necesarios de legalidad y pertinencia, principalmente, para su admisión a juicio.

Esta etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria (art. 343) hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento (art. 353) o cuando el juez resuelve el sobreseimiento del proceso (art. 347).[77] Los puntos a analizar son los siguientes:

a. La acusación fiscal escrita o requerimiento acusatorio.
b. La audiencia de control de la acusación.
c. El sobreseimiento. Audiencia de control.
d. Interposición de nuevos medios de defensa.
e. Control de pruebas.
f. Auto de enjuiciamiento.

2. LA ACUSACIÓN FISCAL

La acusación fiscal o requerimiento acusatorio constituye uno de los actos procesales propios del Ministerio Público, en donde ejerce a plenitud su función acusadora formulando ante el órgano jurisdiccional los cargos de incriminación contra persona determinada, propone la pena y la reparación civil, convirtiéndose en parte en sentido estricto. Por ello es que es a partir de ese momento que el juez va a saber exactamente que opina la parte acusadora sobre los hechos punibles que se han cometido, en qué extensión, con qué consecuencias jurídicas penales y civiles; asimismo, el acusado tiene perfectamente definidos los límites de la imputación en base a los cuales va a tener que mover su defensa.[78]

77 Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *La Etapa Intermedia en el Código Procesal Penal* de 2004, en Rev. Actualidad Jurídica, N° 157, p. 133-140. Del mismo autor, Exégesis del nuevo Código Procesal Penal, Lima, 2006.

78 GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, con otros autores, *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, Tiran lo Blanch, Valencia, 1997, p. 240.

Dado el nuevo esquema del proceso penal, donde el Fiscal decide el inicio de las investigaciones y no existe autorización del juez para las mismas, la acusación fiscal escrita aparece como la primera petición fiscal para pasar a la fase de juzgamiento y desde luego, en la forma procesal de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de que imparta justicia, es decir, con tal decisión fiscal se pone de manifiesto el ejercicio público de la acción penal.

La acusación fiscal presenta características ya conocidas pero se agregan otras de singular importancia y con arreglo al nuevo esquema del proceso penal (arts. 349°, 350°).

2.1. Contenido de la acusación Fiscal

a) Los datos de identidad del acusado.

   Constituyen toda la información necesaria para conocer a la persona acusada, su nombre completo, lugar de nacimiento, edad, estado civil, trabajo, etc. Sin embargo, lo que trasciende en este rubro y se ha convertido en uno de los problemas centrales en los procesos penales es la verificación de los datos de identidad del imputado que debe de haberse realizado en la fase de investigación, a fin de evitar el procesamiento de una persona con dos o más nombres.

b) La relación clara de los hechos, detallándose las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, que luego sirvan para su calificación; debiéndose separar los hechos si fueran varios o las personas acusadas.

   Es de exigirse que en el escrito de acusación la exposición de los hechos sea narrada con la mayor claridad posible, indicando lo sucedido en forma cronológica, el lugar, las circunstancias propias de la comisión del delito, la intervención de las personas involucradas, de la víctima, de los testigos, las armas u objetos utilizados. También, si fuere el caso, los hechos anteriores a la comisión del delito o los actos de preparación así como la conducta asumida con posterioridad al mismo.

Ha de tenerse en cuenta que si se trata de varios hechos, cada uno de ellos debe ser objeto de exposición y análisis siguiéndose las mismas pautas, lo que sucede en los casos complejos por concurso real de delitos o el número de personas acusadas. En estos casos habría que tener mucho cuidado pues la acusación escrita va a delimitar los puntos de análisis en la audiencia de control y consecuentemente en el juicio oral.

c) Los elementos de *convicción* (probatorios) que sustente la acusación. No sólo su relación, sino su análisis razonado, valorativo y concordante.

El legislador ha considerado que para la sustentación del requerimiento de la acusación fiscal, se debe de contar con elementos de convicción, es decir, que la existencia de tales elementos generen la convicción necesaria en el fiscal para solicitar el paso a la fase de juzgamiento, caso contrario, debería optar por el sobreseimiento.

Ello importa un razonamiento coherente y lógico sobre la prueba, la intervención de las personas acusadas, las circunstancias que puedan modificar la situación jurídica de las mismas, etc. La mera relación de las pruebas y la ausencia del contenido importante de las mismas puede generar que la acusación escrita no pase el control judicial o haciéndolo no logre una sentencia de condena.

d) El grado de participación de los acusados.

Como ya se ha dicho, la acusación debe de precisar si el acusado lo es en calidad de autor, coautor o cómplice, o si guarda alguna de las características de la autoría mediata o instigación, debiéndose realizar el análisis correspondiente, conforme a lo dispuesto en los artículos 23 a 27 del Código Penal. Si son varias las personas acusadas deberá indicarse que categoría de participación tienen cada una de ellas.

e) La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, si las hubiera.

Se trata de las circunstancias que prevé la ley penal referidas a la existencia de causas que atenúan la responsabilidad de los artículos 21 y 20 del Código Penal, o la responsabilidad restringida a que se refiere el artículo 22 del código sustantivo, o en los supuestos de tentativa, o en los casos de confesión sincera de los artículos 160 y 161 del Código procesal penal.

f) La ley penal aplicable al hecho y su análisis jurídico penal.

Los hechos que el fiscal considera que están probados son los que dan lugar a la calificación jurídica. Ello significa que se deberá precisar el delito incurrido por el autor o partícipe analizando sus presupuestos típicos. Esta calificación penal es la que el fiscal ha de mantener durante la audiencia de control y el juicio oral, salvo en este último caso, donde se presentan posibilidades de variación. Así, en el caso de delito de robo agravado se deberá analizar los presupuestos del tipo previsto en el artículo 188 y 189 del C.P. así como las circunstancias de agravación.

g) La propuesta de pena y el monto de la reparación civil, debiendo comprender además, los bienes embargados o incautados al acusado, tercero civil y la persona que deba recibirla.

El nuevo código exige al fiscal la propuesta de pena que debe ser impuesta al acusado, en tal sentido, se debe de "adelantar" a la pena a imponer por el juez en la sentencia. Esta proposición de sanción se hará sobre la base de los criterios que establecen los artículos 45, 46 y 46 A del Código Penal, es decir, se tomará en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados en la comisión del delito, la importancia de los deberes infringidos, el daño causado o la extensión del mismo o el peligro causado, la circunstancia de tiempo, lugar, modo y ocasión, los móviles, la unidad o pluralidad de los agentes, su edad, educación, situación económica y medio social, la reparación espontánea que hubiera hecho el imputado, la confesión sincera antes de haber sido descubierto. Además, se deberá considerar el nivel cultural, costumbres y carencia sociales del imputado, los intereses de la víctima o sus familiares.

De la misma manera deberá proponerse el monto de la reparación civil a ser pagada por el procesado y tercero civil, si hubiera, y a quien corresponde recibirla.

En ambos casos, -como se ha dicho- el fiscal en su propuesta de pena y reparación civil deberá adelantarse a la sanción que el juez impondrá.

También exige la ley que se señale la relación de bienes embargados e incautados que se encuentran en la fase de investigación bajo control del fiscal.

h) Los medios de prueba que ofrece para que se actúen en el juicio oral. Si ofrece testigos y peritos deberá indicar su nombre y domicilio así como los puntos sobre los cuales deberá recaer su declaración.

Además de señalar las pruebas que sustentan la acusación fiscal, este deberá indicar cuales de ellas deberán actuarse en el juicio oral, es decir, cuales son las pruebas que la Fiscalía propone para que se debatan en el juicio, pudiendo ser testimoniales, periciales, documentales, etc. En este caso, el fiscal cuidará que las pruebas que propone sean tan sólidas para alcanzar una sentencia de condena.

2.2. Características complementarias

a. La acusación debe de sustentarse sobre la base de los hechos y las personas contenidos en la Disposición que da inicio a la Investigación Preparatoria, pero puede realizarse una calificación jurídica distinta. Si fueren varios los acusados se deberá señalar por cada uno los hechos que le corresponden. La calificación jurídica del delito se mantiene durante la fase investigatoria, sin embargo, ésta podrá ser modificada y reconducida en la acusación escrita. Es decir, lo que empezó como robo simple puede modificarse a robo agravado, sin que ello signifique afectación alguna al derecho de defensa pues precisamente existe la posibilidad del control de la acusación en la audiencia especial de la fase intermedia.

b. El fiscal podrá formular su acusación con una calificación *alternativa* o *subsidiaria*, atendiendo a los hechos ocurridos y que puedan merecer una debida precisión jurídica en el juicio oral. En tal sentido, podrá por ejemplo, acusar por tentativa de violación sexual y alternativamente por actos contrarios al pudor. Esta posibilidad debe ser excepcional pues se entiende que el fiscal, luego de la investigación estará en condiciones de poder realizar una calificación certera de los hechos. Es decir, en los casos donde las posibilidades de calificación afecten a dos o más figuras delictivas y no sea del caso precisar cual de ellas es la debida, se acudirá a la calificación alternativa o a la subsidiaria.

c. En la acusación se deberá indicar las medidas de coerción impuestas durante la investigación. También podrá pedir su variación o que se impongan nuevas. Si bien el juez de la investigación preparatoria decide las medidas de coerción, el fiscal también tiene el conocimiento de las mismas y ejerce el control, de tal manera que deberá indicar las medidas coercitivas impuestas y la situación actual del imputado. En la misma línea de actuación perseguidora del delito, en el mismo de acusación, el fiscal podrá solicitar al juez la variación de la medida sustentando debidamente su pedido.

2.3. Esquema formal de la acusación escrita o requerimiento de acusación

En el nuevo modelo de proceso penal, la acusación escrita podrá tener los siguientes criterios de estructura:

a. Requerimiento acusatorio dirigido al Juez de la Investigación Preparatoria. Los datos del Fiscal que lo formula, domicilio legal así como el amparo legal que permite el artículo 349 y siguientes del CPP para sustentar la acusación por el delito que corresponda.

b. Nombre y demás datos de identidad de la persona acusada.

c. La descripción de los hechos que dieron lugar a la investigación, las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores al hecho.

d. Los elementos de convicción que sustentan el requerimiento acusatorio.

e. El grado de participación delictiva.

f. La acusación, calificación jurídica de los hechos. La pena y reparación civil que se propone.

g. La relación de los medios de prueba que se propone para el juicio oral: testimoniales, periciales, documentales.

h. La medida de coerción impuesta al procesado. En el mismo escrito puede hacer propuesta de nueva medida coercitiva.

i. Fecha.

2.4. Trámite del requerimiento acusatorio

La acusación fiscal o *requerimiento acusatorio* se remitirá al Juez de la Investigación Preparatoria quien pondrá en conocimiento de las partes del contenido de la acusación. Las partes a su vez tendrán un plazo común de diez (10) días para:

a. Observar la acusación por defectos formales, que puede consistir en la precisión de un dato sobre los hechos o pruebas, o sobre el nombre o domicilio del imputado o agraviado. La idea central es que dicha observación se levante haciendo el fiscal las modificaciones o precisiones respectivas, las mismas que se pueden hacer por escrito o en la audiencia de control de la acusación.

b. Deducir excepciones y otros medios de defensa, siempre que no se hayan planteado antes. En estos casos, el defensor del acusado tendrá la posibilidad de argumentar algún medio técnico de defensa (excepciones, cuestiones previas u otros) que no se hubiere interpuesto antes. Dado el estado del proceso sólo podrían deducirse cuestiones técnicas para resolverse sin mayor diligencia en la audiencia de control.

c. Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción. Esta posibilidad siempre está presente, sea desde el punto de vista del imputado o su defensor, como de la parte civil y también del

fiscal, lo que viene aprovechada por la realización de la audiencia preliminar ante el Juez de la Investigación Preparatoria. En todos los casos se debe de sustentar el pedido y ser sometido a la opinión de las partes asistentes a la audiencia.

d. Solicitar la actuación de prueba anticipada. Como sabemos, la prueba anticipada es aquella que se realiza antes del juicio oral al existir circunstancias que impiden que el órgano de prueba (testigo o perito) pueda concurrir a la sede judicial para la deposición de sus conocimientos en el juicio oral, debiéndose realizar con intervención de los sujetos procesales y con todas las garantías de ley. La prueba anticipada la solicita el fiscal o cualquiera de las partes que tenga interés y justifique su realización.

e. Solicitar el sobreseimiento. Se trata de un planteamiento que hace la parte procesada directamente al Juez, antes de la audiencia de control de la acusación y que además la sustenta durante la misma. El defensor también puede plantearla durante la audiencia de control de la acusación El pedido debe ser expreso y fundamentado incidiendo sobre los cargos de incriminación y las pruebas existentes valoradas por el fiscal. Tal planteamiento exige el pronunciamiento -en la audiencia- del Juez de la Investigación preparatoria a cargo de la fase intermedia.

f. Solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad. La norma procesal expresa "instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad" (art. 350.10.e). La aplicación de criterios de oportunidad se encuentra presente, en distintas formas y momentos, en todo el proceso penal ordinario y en algunos procesos especiales. La alusión a *un criterio de oportunidad* puede llevarnos a concluir que se refiere necesariamente a los supuestos previstos en el numeral 2° del código procesal penal; sin embargo, el apartado 7 del art. 2° señala expresamente que se aplicará el principio de oportunidad *hasta antes de formularse la acusación*, lo que cierra el paso a la posibilidad de acuerdos de las partes ante el Fiscal, dejando sólo el caso de acuerdo notarial para determinados delitos, a que se refiere el último párrafo del referido artículo.[79] Ello significa que el Juez

79 La parte imputada podrá presentar un acuerdo notarial suscrito con el agraviado a

podrá sobreseer el proceso pese a la existencia de la acusación fiscal cuando se presente un acuerdo notarial. Tratándose de pedido de terminación anticipada entendido como criterio de oportunidad, el tema resultaría difícil de aceptar por su naturaleza jurídica, pues se trata de un proceso especial con beneficios premiales de reducción de pena para evitar el avance del procedimiento y la necesidad de entablar mecanismos propios de *negociación* entre las partes para alcanzar una fórmula de acuerdo. [80]

g. Ofrecer pruebas para el juicio oral. Tratándose de peritos y testigos, deberá indicar sus datos de identidad y domicilio, así como los hechos sobre los cuales deba declarar. Es del caso destacar que cada una de las partes ofrecerá sus órganos de prueba, sea de cargo como de descargo, en virtud de lo cual, se deberá indicar el punto central de su declaración para establecer su utilidad y pertinencia. En otras palabras, rige el principio de comunidad de la prueba. Pero además, se exige a cada una de las partes preocuparse por la concurrencia de sus testigos o peritos a la sede de juzgamiento, es más, se posibilita la entrevista previa con aquellos, sin que ello implique la posibilidad de influir de alguna manera en el contenido de su declaración.

h. Objetar la reparación civil o pedir su incremento, ofreciendo medios de prueba. El imputado puede cuestionar el monto de la reparación civil solicitada por el fiscal o el actor civil, fundamen-

---

fin de que el juez pueda, aplicando el principio de oportunidad, sobreseer el proceso, pero sólo para los casos de los delitos sujetos a acuerdo reparatorio del art. 2°.6, según lo dispuesto por el numeral 7 último párrafo del citado art. 2°.

80 La terminación anticipada del proceso se encuentra regulada en el artículo 468 y ss. del código. Es necesario tener en cuenta que nos encontramos ante un proceso especial de abreviación del procedimiento con efecto premial, que se materializa en cuaderno aparte, en donde se debe proceder a conversaciones preliminares sobre la aceptación de cargos, la pena (incluyendo la reducción de la misma por acogimiento al proceso y por confesión sincera) y la reparación civil -lo que importa toda una fórmula de "negociación" entre las partes y el fiscal-. Se pretende que su petición se haga en el curso de la investigación preparatoria a efecto de evitar el trámite innecesario del proceso, por ello la misma norma precisa que procederá *hasta antes de formularse acusación fiscal*. Existiendo la acusación escrita, se haría muy dificultosa la *negociación*.

tando su pedido en cuestiones de orden económico (insolvencia, reducida remuneración, cargas familiares) o de daño causado (reducido o extensión del daño, delito de peligro abstracto, reparación parcial del daño).

i. Plantear cualquier otra cuestión para el juicio oral. Lo que posibilita a la parte introducir a la audiencia de control cualquier otra cuestión no prevista expresamente en la ley para ser discutida o resuelta en juicio (filiación, alimentos, bienes, por ejemplo), la misma que deberá ser admitida o no por el juez.

j. La parte acusada o la parte civil podrán proponer al juez de la investigación que dirige la audiencia, los hechos en los cuales no hay discusión, es decir, en los hechos que aceptan. De ser ello así, el juez valorará dicho pedido y podrá autorizar tal acuerdo lo que permitirá obviar su actuación probatoria en el juicio, lo que entendemos nosotros que es relativo, debido a que durante el contradictorio y con el análisis de la prueba actuada los hechos puedan ser mejor esclarecidos, de tal manera que el juez del juicio pueda construir su sentencia sobre la base de hechos probados en el juzgamiento.

El Código establece el Plazo de 10 días para que la acusación sea notificada a los demás sujetos procesales.

Entendemos que dicho plazo de diez días para hacer las propuestas es perentorio, por lo tanto, vencido el mismo, cualquier pedido resultará extemporáneo, debiendo proseguir con el procedimiento según su estado. Naturalmente, si se admite alguno de los planteamientos que hemos analizado, es para que se realice durante la audiencia de control disponiendo el juez del tiempo realmente necesario para la actuación de las diligencias pertinentes. Entonces, el plazo a que alude la ley es solo para el *pedido* que haga la parte.

3. LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Se trata de una institución procesal nueva en nuestro medio, pues no existe antecedente alguno. Es la audiencia judicial por la cual se

realiza el control jurídico del requerimiento acusatorio fiscal efectuada por la defensa de la parte acusada -con la intervención de las partes si fuere el caso- en una diligencia dirigida por el juez de la investigación preparatoria, cuya decisión resulta de singular importancia pues, precisamente, y como lo hemos hecho notar anteriormente, determinará el paso a la fase siguiente del proceso que es el juzgamiento.

La comisión redactora del nuevo código consideró que se debía de dejar de lado el esquema anterior por el cual formulada la acusación escrita necesariamente se pasaba a la fase de juzgamiento, para generar un espacio de análisis y de debate sobre el contenido de la acusación por el fondo y por la forma. Se trata en esencia de la posibilidad que tiene la defensa de cuestionar los términos de la acusación, antes de ir a juicio, pudiendo, incluso, evitarlo solicitando el sobreseimiento del proceso; caso contrario, deberá elaborar su estrategia para el juicio oral.

Esta audiencia de control presenta las siguientes características:

a. Se trata de una audiencia dinámica, con intervención oral de las partes asistentes y bajo la dirección del juez de la investigación preparatoria.

b. El fiscal da inicio a la diligencia exponiendo oralmente la acusación, los hechos incriminados, así como los elementos probatorios que lo sustenten, las pruebas que ofrece se actúen en el juicio oral, la pena y reparación civil. No se trata de la lectura de la acusación escrita sino de la exposición oral de los aspectos más importantes de la misma.

c. Seguidamente el juez dará el uso de la palabra al defensor del acusado a fin de que exprese lo que convenga a su defensa. Es de esperarse que el defensor refute los argumentos del fiscal y de ser el caso, solicite el sobreseimiento del proceso, fundamentándolo; en caso de que ello no fuere posible, presentará sus argumentos para disminuir la fuerza probatoria del fiscal ofreciendo la actuación de pruebas para el juicio que le favorezcan o disminuyan la responsabilidad de su patrocinado.

d. Como se trata de una audiencia contradictoria, luego de oír al defensor, el juez puede conceder nuevamente la palabra al fiscal

a fin de que exponga lo conveniente e igualmente proceder con el defensor. Incluso, puede oír al imputado. El tiempo y la necesidad de exposición del fiscal y las partes son controlados por el juez.

e. Terminado el debate, el juez dictará resolución. Si hubiere petición de sobreseimiento se pronunciará primero sobre ello.

f. Todo lo actuado quedará grabado en video y audio o sólo audio.

Naturalmente, la presencia del Fiscal es obligatoria así como la del defensor del acusado; se podrá actuar prueba anticipada y presentar documentos, pero no diligencias de investigación ni se admitirán escritos durante la audiencia. El juez escuchará al fiscal, a la defensa, al actor civil, al tercero civil, si hubieran, quienes debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de las cuestiones planteadas; se posibilita también que el Fiscal modifique, aclare o integre su acusación.

El Juez resuelve los planteamientos así como los medios de defensa que se hubieren interpuesto, incluso podrá dictarse el sobreseimiento del proceso si se establece sus causales, sea de oficio o a pedido de las partes contrarias a la acusación (art. 352). Puede ser objeto de cuestionamiento que el juez, de oficio, observe los términos de la acusación pues se superpondría a la posición del defensor del acusado, además, habiendo intervenido en la investigación preparatoria, de alguna manera habría conocido del caso y, por lo tanto, impedido de pronunciarse sobre el fondo, pues por ello se ha creado un juez distinto para el juicio; sin embargo, debe de entenderse que la postura judicial en esta fase es la de control de la acusación y ciertamente, si el juez observa que la acción se ha extinguido por prescripción, cosa juzgada u otra causal, o que existe causa de justificación o inculpabilidad o no punibilidad, o que el hecho es claramente atípico, entre otros, resolverá el sobreseimiento pero *siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporaren el juicio oral nuevos elementos de prueba* (art. 352. 4). En consecuencia, esta posibilidad de sobreseimiento de oficio es excepcional y sujeta a reglas bajo el principio de control judicial.

Se puede sostener entonces que es posible cuestionar la acusación por la forma y por el fondo en esta fase intermedia y lograr incluso el sobreseimiento del proceso, mecanismos procesal garantista que con-

forme a la legislación anterior no se podía realizar. En esencia, el *control de la acusación* a cargo del Juez aparece como un mecanismo de filtro para la realización del juicio oral.

4. EL SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO. LA AUDIENCIA DE CONTROL

La nueva ley procesal establece distintas formas de lograr la culminación del proceso sin llegar a la conclusión natural del mismo que es la sentencia. A esta institución se le conoce como el sobreseimiento y su efecto inmediato es el archivo del proceso penal.

GOMEZ COLOMER señala que el proceso penal puede terminar sin necesidad de celebrar el juicio; agrega el profesor valenciano, que "el sobreseimiento es la resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluido el procedimiento preliminar, y antes de abrirse el juicio oral, con efectos de cosa juzgada, por no ser posible una acusación fundada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, bien, finalmente, por no ser responsable criminalmente quien hasta ese momento aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados."[81]

El art. 344 de la nueva ley procesal establece que el Fiscal podrá *requerir* el sobreseimiento ante el Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de los quince (15) días de culminada la fase anterior. Dicho sobreseimiento procede cuando: a) el hecho denunciado no se realizó o no se le puede atribuir al imputado; b) el hecho no es típico; c) existe una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; d) la acción se ha extinguido; y e) cuando no existan elementos probatorios que sustenten la acusación.

El requerimiento de sobreseimiento que hace el Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria será acompañado del expediente principal y la autoridad judicial correrá traslado a las partes acreditadas por el

81 GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El Proceso Penal español*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1997, p. 249. RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*. Sexta lectura constitucional, Bosch, Barcelona, año 2000, p. 164.

plazo de diez (10) días, con la finalidad de que puedan formular *oposición* fundamentada bajo sanción de inadmisibilidad y con la posibilidad de pedir la realización de actos de investigación adicionales, señalando el objeto y de que diligencias se trata (art. 345°.2).

La nueva ley procesal establece una Audiencia de Control del sobreseimiento, en tal sentido, vencido el plazo común de traslado de diez días, el juez dictará resolución dentro de los tres días siguientes para citar a las partes, a quienes escuchará y se procederá al debate, si hubiere (art. 345°.3), y el caso quedará expedito para resolver, dentro del plazo de los quince días. Naturalmente, será la parte agraviada la que puede oponerse al requerimiento de sobreseimiento y tendrá la posibilidad de discutir la posición del fiscal en la audiencia judicial, si pese a la citación no asistiere, igual se produce al audiencia.

Si el Juez luego de haber escuchado a las partes en la audiencia de control, está de acuerdo con el requerimiento fiscal dictará el auto de sobreseimiento; si no estuviera de acuerdo, el juez, dentro de ámbito de control de legalidad y de garantías de la esta etapa procesal, dictará auto expresando su desacuerdo, elevando lo actuado al Fiscal Superior a fin de que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. En ese sentido, se mantiene la discrepancia y elevación en *consulta* a la autoridad fiscal superior a fin de que emita pronunciamiento definitivo sobre la continuación o no de la persecución penal; dicha resolución judicial -auto dice la ley- debe ser motivada, es decir, el juez deberá analizar lo actuado y exponer las razones por las cuales no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento que hace el Fiscal Provincial.[82]

El Fiscal Superior emitirá pronunciamiento dentro de diez (10) días, dando por terminado el procedimiento. Si ratifica el pedido de sobreseimiento el Juez de la Investigación Preparatoria inmediatamente "y sin trámite alguno" dictará auto de sobreseimiento. Si el superior no está de acuerdo con el requerimiento fiscal, ordenará a otro Fiscal que formule acusación (art. 346). Esta decisión del legislador es saludable

82 A diferencia de la legislación anterior, en la consulta por discrepancia el juez debe de exponer los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios a fin de que sean estudiados por el Fiscal Superior, debido a que no sería el juez del juicio.

pues ordenar al fiscal, -que proceso el sobreseimiento- que formule la acusación afecta su posición jurídica en el juicio y lo debilita en el debate contradictorio.

Cabe señalar, asimismo, que el párrafo 5 del art. 346 establece que si el juez considera admisible la oposición de la parte agraviada en la necesidad de actos adicionales de investigación, el juez, sin expresar desacuerdo con la solicitud de sobreseimiento, puede disponer la ampliación de la investigación "indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar".

El *auto de sobreseimiento* constituye entonces la resolución que da por culminado el proceso penal de manera definitiva, cuyo efecto inmediato es el archivo del proceso y la cesación de las medidas de coerción impuestas por la autoridad jurisdiccional. Dicha resolución es dictada por el Juez de la Investigación Preparatoria y contiene una serie de requisitos: datos del imputado, exposición del hecho objeto de la investigación; fundamentos de hecho y de derecho; la indicación expresa de los efectos de la resolución.

Como se ha dicho, el sobreseimiento importa el archivo definitivo del proceso respecto del imputado y adquiere la calidad de cosa juzgada. Esta resolución puede ser objeto de impugnación, pero ello no impide la inmediata libertad del imputado si se encontrara en cárcel.

De otro lado, el nuevo proceso distingue dos clases de sobreseimiento: *total* o *parcial*, el primero cuando comprende a todos los delitos materia del proceso y a todos los imputados; el segundo, cuando sólo comprende a un delito o algún imputado, en el caso de ser varios; en este supuesto continuará el proceso contra los restantes imputados o los otros delitos. El legislador también ha previsto la situación de requerimiento fiscal acusatorio y no acusatorio, debiéndose éste último resolver en primer orden (art. 348.3).

5. LA INTERPOSICIÓN DE NUEVOS MEDIOS DE DEFENSA

Durante la etapa intermedia del proceso, el imputado puede interponer nuevos medios de defensa técnicos contra la acción penal, exi-

giéndose los requisitos que la misma ley procesal ya establece, siempre que no se hayan planteado y resueltas con anterioridad.

Es posible interponer excepción de naturaleza de acción, cosa juzgada, prescripción, entre otras. Dicho planteamiento procede incluso habiéndose formulado acusación escrita y obliga a su debate en la misma audiencia de control o antes, a fin de que el Juez resuelva lo pertinente.

6. EL CONTROL DE LAS PRUEBAS PARA EL JUICIO ORAL

En la etapa intermedia se discute sobre las pruebas que sustentan las posiciones encontradas de las partes e incluso se permite acuerdos o consensos sobre la prueba a fin de evitar su actuación en el juicio oral toda vez que son aceptadas.

Sobre el tema probatorio habría que señalar además, que la solicitud para su actuación en juicio exige que sea útil, conducente y pertinente. Se establece que la solicitud para una declaración testimonial o la práctica de una pericia tendrá que especificar el punto a declarar o el objeto del examen. La ley señala que la resolución que dicte el juez no puede ser objeto de impugnación (art. 352.5.b). En el caso de que se admita la prueba anticipada ésta se realizará siguiendo las reglas del art. 245 del código.

7. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

El auto de enjuiciamiento supone el paso de la etapa intermedia a la fase de juzgamiento o juicio oral. Se trata de la resolución que dicta el juez de la investigación preliminar y por la cual se da por culminadas las diligencias de dicha fase y, ciertamente, paso el control correspondiente con la aprobación de las pruebas que deben de actuarse en el juicio oral.

El auto de enjuiciamiento debe de contener, dice la ley, *bajo sanción de nulidad*:

a. Nombre del acusado y agraviado.

b. Delito materia de la acusación fiscal con indicación expresa del artículo correspondiente, e incluso tratándose de tipificación alternativa o subsidiaria.

c. Los medios de prueba admitidos o el consenso que existan al respecto.

d. La indicación de las partes constituidas en el proceso.

e. La orden de remisión al juez encargado del juicio oral.

Además, el Juez puede pronunciarse sobre las medidas coercitivas existentes o las que se promuevan pudiendo modificarlas e incluso ordenar la libertad del acusado. En estos casos tomará la decisión a pedido de las partes o de oficio. Finalmente, este auto de enjuiciamiento, deberá ser notificado al Fiscal y a los otros sujetos procesales; y, dentro de las 48 horas siguientes se hará llegar al Juez Penal del juicio la resolución, lo actuado, la documentación pertinente y los objetos incautados. También se pondrá a su disposición a las personas detenidas preventivamente.

8. DURACIÓN DE LA ETAPA INTERMEDIA

Salvo los plazos perentorios para las observaciones del requerimiento acusatorio y de la oposición del pedido de sobreseimiento ya analizados, la nueva ley no señala un plazo para la realización de toda la etapa intermedia, ello dependerá de las diligencias que se puedan actuar, a las audiencias de control de acusación o sobreseimiento, a la complejidad del caso, a los planteamientos que se puedan hacer sobre medios de defensa, a la prueba anticipada, si fuera el caso. Por lo tanto, el plazo será el necesario y dependerá de la dirección judicial con intervención de las partes, con observancia al principio de celeridad procesal.

II. LA FASE DE JUZGAMIENTO

La fase de juzgamiento esta constituida por los actos preparatorios, la realización del juicio oral y culmina con la expedición de la sentencia sobre el proceso penal. La parte central es el juicio oral, espacio procesal donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias debaten sobre la prueba en busca de convencer al juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

El juicio oral es la actividad procesal dirigida por el órgano jurisdiccional juzgador de naturaleza dinámica, preordenada por la ley, con intervención de todos los sujetos procesales y que tiene por objetivo específico el análisis de la prueba actuada y debatida en la audiencia bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción principalmente, y que culmina con la expedición de la sentencia o resolución definitiva correspondiente.[83] Como señala RAMOS MÉNDEZ, en esta fase públicamente y con contradicción se juzgan las conductas presuntamente delictivas y se decide sobre la absolución o la condena de las personas sometidas a juicio.[84]

Conforme al código procesal penal, esta fase se inicia con el *auto de citación a juicio* (art. 355) que es la resolución judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor a diez (10) días. El juez del juicio llamado Juez Penal sea unipersonal o colegiado en el proceso ordinario (o Sala Penal Superior en el proceso especial) estará a cargo de su dirección y responsabilidad. Se encargará de notificar a todas las personas que deben de concurrir al juicio (sin perjuicio que las partes coadyuven en la concurrencia de sus testigos o peritos), la designación del abogado defensor del acusado y cuidará de disponer lo necesario para la realización del juicio.

---

83 Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 566 y ss.

84 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta lectura constitucional, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 24.

Además, los testigos y peritos serán citados para la fecha de inicio del juicio; sin embargo, cuando el juez estime que la audiencia se prolongará, por cuestiones de complejidad del caso, sea por el número de acusados o agraviados, los citará para la fecha en que deban declarar. De esa manera se evitará la concurrencia innecesaria de dichos órganos de prueba a una audiencia en la que no van a declarar. Se agrega en la norma procesal que la citación al acusado se realizará bajo el apercibimiento de ser declarado *reo contumaz* en caso de que no concurra injustificadamente a la audiencia.

1. PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO ORAL

El juicio oral constituye el momento procesal más importante y central del juzgamiento, por la actividad probatoria que se desarrolla, su debate y valoración por el juzgador. De allí que sea imprescindible que este acto procesal se realice con observancia estricta a los principios que lo regulan y que vienen previstos en los Pactos Internacionales relativo a Derechos Fundamentales de la persona así como los previstos por nuestra Constitución y que además, son los principios clásicos de esta etapa acusatoria, como son la oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; a los que el legislador ha querido agregar los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del acusado y su defensor (art. 355.2).

a. *Principio de Oralidad.*- Una de las características más sobresalientes del nuevo proceso penal es el predominio de la oralidad de sus diligencias, sobre todo del juicio. La oralidad significa que el juez o tribunal que dicte la sentencia en el proceso penal, tiene que condenar o absolver tomando como base los hechos y pruebas que se hayan practicada ante él en forma oral. De dicho principio se derivan los principios de inmediación, concentración, elasticidad y publicidad [85]

85 GOMEZ COLOMR, J., *El proceso penal español*, citado, p.80.

Este principio exige una relación procesal mucho más directa y de respuesta inmediata, no sólo entre las partes, sino también de la decisión judicial. Y ello se aprecia fundamentalmente en el juicio oral, pues se establece que la audiencia se realizará oralmente, pero todo lo dicho y actuado se documentará en acta, que contendrá un resumen o síntesis de lo actuado (art. 361). El acta será firmada sólo por el Juez y el Secretario, y las partes podrán hacer las observaciones que estimen pertinentes, pero no registrarán su firma.

También se establece que todo pedido o cuestión que se formule en audiencia se hará oralmente, prohibiéndose la lectura de escritos que se presenten con dicho fin (361.3). Por último se admite la posibilidad del registro técnico de lo actuado en la audiencia (video – audio).

b. *Principio de Publicidad.*- Este principio se sustenta en razones filosóficas, sociales y jurídicas que se afirman en la necesidad de que la ciudadanía conozca como los jueces imparten la justicia, lo que se logra al permitir su libre acceso a las sedes judiciales, especialmente en la fase del juzgamiento. Este principio tiene marco constitucional y reconocimiento en las normas internacionales relativos a las garantías judiciales. El juicio oral es público, sin embargo, se admite que la audiencia se realice total o parcialmente en privado: cuando se afecte el pudor, vida privada o integridad física del partícipe en el juicio; cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional, los intereses de la justicia; o exista peligro de secreto particular, comercial o industrial; o cuando la manifestación pública afecte el desarrollo normal del juicio; y cuando la ley lo disponga (art. 357.1).

El Juicio reservado puede ser total o parcial, en este último caso, superado el motivo, se permitirá el reingreso del público (art. 357.3). Se establece que la sentencia siempre será pública, con excepción de aquella en la que por interés de menores de edad se disponga lo contrario.

Cabe señalar que la publicidad puede ser directa, cuando hay concurrencia del público a la sede judicial, e indirecta cuando la ciudadanía conoce del mismo a través de las distintas formas de

comunicación; sin embargo, se establece que podrán ser restringidas las cámaras fotográficas o filmadoras u otros medios técnicos, cuando ello pueda afectar los intereses de la justicia y el derecho de las partes (art. 357.2.c).

Por último, es de precisar que tratándose de acusado funcionario público, la audiencia siempre será pública.

c. *Principio de contradicción.* Es manifestación del derecho de defensa, que se sustenta en la posibilidad de que las partes puedan sustentar en juicio sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba. Las pruebas se actúan y se debate en el juicio oral -salvo los casos de conformidad o allanamiento de la acusación fiscal- lo que hace que el juicio sea contradictorio, con posiciones opuestas. El elemento céntral radica en el debate oral sobre la prueba y las argumentaciones parciales y finales sobre las mismas a efecto de generar convicción en el juzgador para su decisión en la sentencia.

d. *Principio de inmediación.-* Este principio exige un acercamiento entre el Juez y los órganos de prueba, sea el acusado, agraviado o testigo, y a través de los interrogatorios en la audiencia oral, le permiten conocer no sólo de la personalidad del examinado, sino también la forma de reacción frente a otras pruebas, de tal manera que la autoridad judicial conoce de algo más de lo que se ha dicho en el juicio. La inmediación también se manifiesta cuando el juzgador aprecia directamente las pruebas materiales o instrumentales (objetos, armas, instrumentos, etc.). El juez del juicio debe ser el mismo que conoce de la prueba de manera directa.

e. *Principio de continuidad.-* Que se evidencia en la posibilidad de que la audiencia oral se inicie y se siga en *sesiones continuas e ininterrumpidas* hasta su conclusión. La misma ley establece que si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión (art. 360.1). Se pretende que un caso se inicie y termine antes de iniciar otro, a fin de evitar dilaciones y pérdida de concentración. De allí que se señale que entre las sesiones o

dentro del plazo de suspensión no podrán realizarse otros juicios (art. 360.5). Se atiende también al principio de *concentración* que debe merecer un caso que se debate en el juicio oral, ya que el juez debe estar en condiciones de recordar lo que se ha debatido en el juicio.

2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

a. El juicio oral esta bajo la dirección del Juez Penal o Presidente del Juzgado Colegiado (o de alguno de sus integrantes), a quien le corresponde toda la organización y responsabilidad del caso; asimismo, debe de garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa. La dirección del juicio incluso posibilita la labor docente del juez a las partes y al acusado respecto a los derechos y garantías existentes así como a las diligencias que son propias de dicha etapa.

b. En esta fase se manifiesta a plenitud el *principio acusatorio* que exige atribuir la acusación de una parte frente a otras. De ahí el binomio partes acusadoras y partes acusadas, que polariza la encarnación del principio contradictorio y en donde el acusado asume el protagonismo casi absoluto.[86]

c. El Juez controla la intervención de las partes, incluso puede limitar el uso de la palabra fijando limites igualitarios en casos complejos o interrumpir su ejercicio si hace "uso manifiestamente abusivo de su facultad" (art. 363).

d. El juicio oral será continuo, se suspenderá en los casos que prevé la ley y no se podrá iniciar otro juicio mientras no se culmine con el primero (art. 360.5). Se pretende con ello que iniciada una audiencia continúe ésta hasta su culminación, de esa manera el juzgador se deberá avocar sólo a un caso penal de manera concentrada y resolverá el mismo en el tiempo estrictamente necesario.

86 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta Lectura Constitucional, citado, p. 63.

e. Complementando lo señalado anteriormente, se regula la suspensión y la interrupción de la audiencia (art. 360). Esta sólo podrá suspenderse por enfermedad del juez, fiscal, imputado o defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y en los casos que ley lo señale (para constituirse fuera de la sede a recibir una testimonial, por ejemplo). Esta *suspensión* no puede exceder de 8 días hábiles. Si fuese mayor a dicho plazo, se producirá la *interrupción* del debate y se dejará sin efecto todo lo actuado durante el juicio.

f. Las incidencias que se promuevan durante la audiencia se realizaran en un sólo acto y resueltos por el juez inmediatamente escuchando a las partes (art. 362). Como se ha señalado antes, la oralidad prima en el juicio, por lo tanto, las alegaciones como las decisiones jurisdiccionales serán igualmente orales, dejándose constancia en acta.

g. Cabe resaltar que se amplían las facultades del juzgador en cuanto a su *poder disciplinario* en la audiencia. En efecto, el juez debe de mantener el orden en la sala de audiencias; puede disponer la expulsión de la persona, incluso, de algún sujeto procesal, que perturbe su desarrollo; podrá ordenar, además, la detención hasta por 24 horas a quien amenace o agreda al juez o alguna de las partes o sus abogados o, de alguna manera impida la continuación del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes (art. 364.1).

h. Mediante el *poder discrecional*, el juez puede resolver cuestiones no regladas ni previstas en la ley procesal y que surjan en el juicio, debiendo dictar resolución motivada. Ello permitirá al juzgador resolver incidencias o cuestiones (autorización para atención médica, justificar inasistencias de testigos o procesados, diligencia judicial, recepción de documento, por ejemplo) presentados en audiencia, lo que permitirá su mejor desarrollo (art. 364.5).

3. ACTOS PREVIOS E INICIALES DEL JUICIO ORAL

Para efecto de la realización del juicio oral es necesario preparar las condiciones propias para el debate (art. 367-370). En tal sentido, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a. Es necesario la presencia del acusado; la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado; si no ha justificado su inasistencia, será declarado reo contumaz, ordenándose su captura;

b. La ley procesal establece que existiendo otros procesados presentes se continuará con la audiencia;

c. El acusado va libre a juicio; en el caso de acusado detenido será acompañado por la policía por la posibilidad de fuga o ejercicio de la violencia;

d. El lugar natural de la audiencia es la sede judicial, pero puede realizarse en todo o en parte, en el lugar donde se encuentre el procesado enfermo o en la sede judicial ubicada adyacente o dentro de los establecimientos penales; y e) la audiencia sólo podrá instalarse con la presencia del juez, el fiscal, el acusado y su defensor, principalmente, pues también pueden concurrir los demás sujetos procesales si se hubieran apersonado.

Se debe señalar que el juez tiene a su frente al lado izquierdo al acusado, quien se ubica junto con su defensor; y al frente, a la derecha, al fiscal y la parte civil.

En la fecha señalada para la audiencia, con la presencia del juez, acusado y las partes se dará inicio al juicio para lo cual, siguiendo ya una costumbre judicial, el Juez enunciará el número del proceso, la finalidad del juicio, el nombre del acusado, su situación jurídica, el delito y el nombre del agraviado. Naturalmente, la presencia de las partes así como los demás datos que se exigen, serán verificados por los auxiliares judiciales antes del inicio de la audiencia, pero será necesario que se acrediten ante el juez indicando su nombre y su condición de parte (fiscal, defensores, acusado). También puede observarse que desaparece aquella parte inicial llamada generales de ley siendo reemplazada por la verificación de los datos ya indicados por parte del Juez. Cualquier información adicional puede ser objeto de las preguntas que formule el fiscal o el defensor.

Seguidamente, se le concederá la palabra al fiscal a fin de que *oralice* su acusación escrita, es decir, deberá exponer brevemente los términos de la acusación: hechos, calificación jurídica y las pruebas que ha ofrecido y fueron admitidas; el actor civil y el tercero civil harán

lo propio; el abogado del acusado será el último en exponer sus argumentos de defensa y pruebas admitidas. Esta fase es importante pues permite la presentación del caso a cargo de las partes, lo que delimita los *argumentos iniciales* sobre los hechos y sobre el derecho que las partes llevan al juicio y exponen ante el juzgador. Es la *teoría del caso* que plantean el Fiscal y el Defensor.

Además, el nuevo código establece la obligación del juez a informar al acusado de sus derechos en el juicio y de su libertad para "manifestarse sobre la acusación" o de no declarar sobre los hechos. Resulta claro que la mención es a los derechos de defensa y la presunción de inocencia, de allí que el acusado pueda decidir por guardar silencio durante el juicio; sin embargo, también se prevé -y si este fuere el caso se lo hará saber el juez- que el procesado puede pedir al juzgador ser oído en cualquier momento de la audiencia.

Lo que si resulta novedoso e importante dada la forma procesal vigente es la referida al derecho del acusado en juicio para "comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia", lo que amplia el derecho del acusado y lo ubica en el ámbito de una *defensa comunicativa inmediata* con su abogado que le asiste. Pero ello también va a generar al menos dos medidas inmediatas a cargo del juzgador, primero, ordenar la forma en que esta comunicación deba llevarse a cabo, dada la distribución y ubicación de los sujetos de la relación procesal en juicio, facilitando la comunicación cuando sea necesaria y sin perturbar el desarrollo de la audiencia, pero respetando su ubicación procesal; y segundo, en virtud del principio de igualdad procesal, conceder el mismo derecho a la parte agraviada constituida como actor civil en el juicio. Es necesario señalar que este nuevo juicio no es igual al que se realiza en sistemas jurídicos como el norteamericano, pero permite que el defensor se ubique al lado de su defendido.

Finalmente, sobre este tema, se establece que el derecho a la comunicación con el defensor concedido al acusado no se producirá cuando éste preste su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen, lo que resulta coherente si se tiene en cuenta que el acusado debe de contestar de manera libre y espontánea, aún cuando haya concertado previamente con su defensor.

III. DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

1. LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL

Se trata de uno de los mecanismos de abreviación o simplificación del proceso que prevé la nueva legislación procesal por la cual se puede dar por culminado el juicio oral -y el proceso penal- si el acusado admite ser el responsable del delito y asume la pena y la reparación civil formulada en la acusación fiscal. El efecto inmediato es que no hay debate contradictorio y se dicta la sentencia conformada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.[87]

Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el art. 372 del nuevo código procesal, esta simplificación del juicio presenta determinadas características que pasamos a señalar:

a. Corresponde al juez formular la pregunta de conformidad al acusado, en el sentido de si esta de acuerdo con los términos de la acusación, delito imputado, pedido de pena y de reparación civil que formula el Fiscal. No habría impedimento para que el acusado o su defensor hicieran el pedido por escrito o de manera verbal al juez.

b. Ante la pregunta del juez, el acusado, previa consulta con su defensor, podrá contestar afirmativamente, en cuyo caso, el juez declarará la conclusión anticipada del juicio, no hay más diligencias y se dictará la sentencia dentro de las 48 horas siguientes, bajo sanción de nulidad del juicio.

c. La ley posibilita que el acusado pueda conferenciar previamente con el fiscal a fin de llegar a un acuerdo sobre la pena, suspendiéndose la audiencia por breve término. Con ello se busca lograr determinada indulgencia en la pretensión punitiva del fiscal haciéndose conocer, si fuera el caso, en la continuación de la audiencia.

87 Véase, en lo pertinente, el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, sobre nuevos alcances de la conclusión anticipada, de 18 de julio de 2008.

d. El procesado puede aceptar los hechos expuestos en la acusación, pero puede expresar su disconformidad con la pena y/o con la reparación civil, en cuyo caso, el juez escuchará a las partes y si se mantiene la contradicción, delimitará el debate a uno o ambos extremos cuestionados, determinando la actuación probatoria.

e. Si fueren varios los acusados y sólo uno de ellos acepta esta conclusión anticipada, podrá resolverse en dicho extremo y continuarse con el juicio respecto de los demás.

f. Como regla general, se acepta la conformidad en los términos del acuerdo; sin embargo, existe el *control de legalidad* que el juzgador debe hacer sobre el mismo. En tal sentido, si pese a la aceptación de cargos, el juez considera que el hecho no constituye delito o existe causa de eximente o atenuación de la responsabilidad penal, dictará la sentencia como corresponda. Resulta obvio que el juez tiene una *vinculación relativa* con el acuerdo a que lleguen las partes. El juez tampoco se encuentra vinculado de manera absoluta con el extremo del acuerdo sobre la reparación civil (art. 372.4). La vinculación absoluta, en el tema de conformidad, sólo esta referida a los hechos, al sustrato fáctico de la acusación fiscal.

g. Debe señalarse que se trata de otro de los criterios de oportunidad que regula el nuevo código bajo el ámbito del *derecho penal premial* precisamente, para evitar el juicio oral; de allí que se establezca la llamada *sentencia de conformidad* al inicio de la audiencia haciendo inviable su planteamiento en las sesiones siguientes del juicio.

2. LA ADMISIÓN DE NUEVA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Como regla general, se actuarán en el juicio oral las pruebas que han sido admitidas por el juez en la etapa intermedia; se garantiza de esa manera la vigencia de los principios de comunidad de la prueba y la igualdad procesal, principalmente. Sin embargo, se prevé que las partes podrán reiterar el ofrecimiento de pruebas que no fueron admitidos, pero se requerirá de *especial* argumentación, es decir, el solicitante ten-

drá la posibilidad de replantear sus fundamentos para que acepten sus medios probatorios anteriormente negados (art. 373. 2).

El legislador ha querido ser muy amplio en el tema probatorio dejando al juez del juicio la posibilidad de evaluar la admisión de las pruebas que se actuarán ante él; sin embargo, este hecho, aún cuando su decisión sea inapelable, puede generar un nuevo debate entre las partes y posibilitar la dilación del juicio, sobre todo en casos complejos o donde no han sido admitidos un número significativo de medios probatorios. En todo caso, corresponderá al Juez -teniendo en cuenta lo resuelto por el juez de la investigación preparatoria sobre este punto- limitar los términos del debate y admitir sólo las que considere pertinentes.

3. POSIBILIDAD DE AMPLIACIÓN DE CARGOS DE LA INCRIMINACIÓN

El nuevo código procesal establece la posibilidad de que el Fiscal formule una acusación complementaria durante el juicio oral. En primer lugar, se exige que incluya un *hecho nuevo* o de una *nueva circunstancia* no mencionada en su oportunidad, lo que hace modificar la calificación jurídica. Si los hechos o la circunstancias nuevas aparecen como consecuencia de los debates orales en el juicio, no habría inconveniente procesal alguno pues, precisamente, es el momento en que se conocen las pruebas, se analizan, se relacionan con otras, bajo los principios de contradicción e inmediación (art. 374.2).

El mismo artículo 374 también establece que si el juez durante la actividad probatoria o al final de la misma, observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado, quienes se pronunciarán e incluso podrán ofrecer pruebas. A diferencia de la legislación antigua (vigente en algunas sedes judiciales) en donde el juzgador puede apartarse de los términos de la acusación y posibilitar la ampliación del contradictorio aún de oficio, en el nuevo código, si el Fiscal acoge la observación hecha por el juez, podrá formular su acusación complementaria, caso contrario, el juicio seguirá su curso regular.

4. EL ORDEN EN EL EXAMEN DE LA PRUEBA

El legislador ha previsto un orden en el examen de la prueba en juicio bajo la dirección del Juez; sin embargo, las partes pueden intervenir en tal decisión que, finalmente, corresponderá al Juez. En efecto, el juez "escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos" (art. 375.2).

El art. 375 también establece que el debate probatorio se iniciará con a) el examen del acusado; b) la actuación de los medios de prueba admitidos; y c) la oralización de los medios probatorios.

Además, se establecen determinadas reglas genéricas o modalidad en tales exámenes. Así pues debemos señalar las siguientes:

a. El juez decide el orden en que deben de declarar los acusados, pero previamente debe de escuchar la posición de las partes; lo mismo hará con los otros medios de prueba que fueron admitidos. Lo que significa que en esta fase inicial del juicio las partes ya conocen la secuencia de la actuación de la prueba y podrán reforzar su estrategia de intervención según su teoría del caso.

b. Se introduce el interrogatorio directo. En efecto, durante el juicio, tanto el Fiscal como los defensores puede interrogar directamente a los órganos de prueba: acusados, testigos y peritos. Al juzgador le corresponderá el control de las preguntas (que sean pertinentes, no capciosas ni sugeridas) tal como lo establece el Código.

c. El juzgador puede intervenir de oficio cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera. La ley procesal establece que excepcionalmente podrá intervenir *para interrogar a los órganos de prueba* sólo cuando hubiera quedado algún vacío (art. 375.4).

   La intervención del juzgador es muy importante en sistemas procesales como el nuestro; nuestra justicia exige no sólo un debate entre las partes en el juicio sino además, el debido esclarecimiento de lo sucedido a fin de que se decida la inocencia o culpabi-

lidad del acusado. En tal sentido, estimar que el juez va a dejar librado el esclarecimiento de los hechos imputados a lo que las partes discutan en el juicio, sin mayor intervención, -quizás excepcionalmente-, no se encontraría acorde con nuestra realidad, ni el mismo sistema que se está implementando, ni con otras disposiciones del mismo código, en donde la intervención del juez es de oficio e incluso puede sobreseer el proceso; además, porque no nos encontramos ante un jurado, sino ante un Juez que necesita adquirir la convicción necesaria para dictar sentencia.

5. EL EXAMEN DEL ACUSADO

Como se ha dicho, el acusado será la primera persona a interrogar, si se rehusa a hablar el juez le hará saber que igualmente el juicio continuará y se procederá a dar lectura a sus declaraciones anteriores. El objeto del interrogatorio se centra en el conocimiento de las circunstancias del caso, su contrastación con los otros elementos probatorios que permitan al juzgador la formación de la convicción necesaria para su decisión final; en el caso de sentencia condenatoria, será útil para la determinación de la pena y la reparación civil.

El acusado responderá a las preguntas libremente, relatará los hechos, hará las aclaraciones y explicaciones sobre su caso. La ley establece que las preguntas deben ser directas, claras, pertinentes y útiles; no se admiten preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya ha declarado, salvo que se trate de una aclaración necesaria. Están prohibidas las preguntas capciosas, impertinentes y las de respuesta sugerida.

En este interrogatorio, como en los realizados a los otros órganos de prueba la intervención judicial es importante a fin de controlar la pertinencia, claridad y utilidad de las preguntas; en caso las observe, deberá la parte procesal reformular la pregunta. En este último caso, no resulta aconsejable que el juez reconduzca o aclare la pregunta, pues se entiende que la parte conoce el caso y está en mejor posición de formular la pregunta. El juez también puede declarar inadmisible aquellas preguntas prohibidas (art. 376.3).

Se establece en el mismo art. 376 que el defensor del acusado será el último en proceder al interrogatorio del acusado.

Por último, tratándose de varios acusados serán examinados en el orden preestablecido, incluso, como sucede en la legislación vigente, en forma separada, sea de oficio o a solicitud de las partes, precisándose que en el caso de interrogatorio por separado, el juez deberá al final del mismo y en presencia de todos, hacer una síntesis oral (pero que puede constar por escrito) de los puntos *más importantes* de lo dicho por cada uno de ellos, quienes podrán (o sus abogados) hacer las aclaraciones o rectificaciones haciéndose constar en acta (art. 377). Los aspectos más importantes deben estar relacionados con los hechos que se juzgan, sin que ello signifique introducir alguna carga subjetiva en su determinación.

6. EL EXAMEN DE TESTIGOS Y PERITOS

El examen de los testigos y de los peritos presenta características que sobresalen a las que actualmente conocemos; algunas de ellas son comunes y otras -como debes ser- también distintas. En cuanto a las características comunes y previa verificación de los datos de identidad de los mencionados órganos de prueba, debemos señalar las siguientes (art. 378):

a. Los testigos y peritos prestan juramento o promesa de decir la verdad.

b. Los testigos y peritos son examinados en primer lugar por la parte que los ofreció y luego por las otras partes (contraexamen).

c. El testigo o perito expresará la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

d. Si alguno de ellos ya no se acuerda de un hecho, se le puede leer parte de su interrogatorio anterior; igualmente se procederá si se hace notar la contradicción con su anterior declaración.

e. Las declaraciones o afirmaciones de los testigos o peritos pueden ser confrontadas con otras declaraciones hechas por ellos mismos u otras personas.

f. Los testigos y peritos pueden ser sometidos a un nuevo interrogatorio en la audiencia, si la parte lo pide y lo autoriza el juez.

g. Si el testigo o perito no concurre a la audiencia, pese a ser debidamente citado, será conducido compulsivamente por la autoridad policial por disposición del juez. Si no es localizado, el juicio seguirá su curso prescindiéndose de dicha prueba (art. 379).

h. El juez puede disponer que determinado acusado no se encuentre presente en la audiencia si existen elementos de juicio para temer que el testigo o perito e incluso, otro acusado, no dirá la verdad en su presencia. Culminada la declaración el acusado deberá conocer lo que dijo el testigo o perito (art. 380).

i. Si el testigo o perito no puede concurrir a la sede judicial por existir impedimento justificado, serán examinados donde se encuentren, e incluso pueden utilizarse medios técnicos como la video conferencia; además de posibilitarse la delegación de la diligencia a otro juez, pero con intervención de las partes, pudiendo utilizarse el video, la filmación o el audio.

j. El juez ejercerá la labor de control del interrogatorio y contrainterrogatorio a fin de evitar las preguntas capciosas o impertinentes. Además, se establece que el juez cuidará que el interrogatorio se realice sin presiones y sin ofender la dignidad de las personas (art. 378.4).

En el caso específico de los testigos se deben de señalar las siguientes notas características:

a. Se examina al testigo bajo las mismas reglas del interrogatorio del acusado.

b. Antes de declarar los testigos no podrán comunicarse entre sí; tampoco deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencia.

c. Se prohíbe dar lectura de la declaración testimonial anterior si el mismo testigo niega su testimonio en el juicio oral.

d. Tratándose de testigo menor de 16 años, el interrogatorio estará a cargo del juez, en base a las preguntas que formulen las partes, aunque podrá ser interrogado por las partes si con ello no se afecta su serenidad. También se autoriza la concurrencia de un familiar o y/o de un psicólogo (art. 378.3).

En el caso del examen de los peritos habría que señalar que, igualmente, la diligencia es dirigida por el Juez:

a. Se inicia el interrogatorio con la lectura resumida del contenido y las conclusiones del dictamen pericial (realizada por el personal auxiliar jurisdiccional) pudiendo leerse, incluso, todo el dictamen pericial;

b. Se procederá al reconocimiento del dictamen por lo peritos;

c. Se les pedirá que expliquen el procedimiento que han seguido;

d. Luego serán interrogados por las partes, conforme al orden establecido por el juez;

e. Se prevé que los peritos puedan consultar documentos, notas y publicaciones durante el desarrollo del examen; y

f. Se establece también el debate pericial, cuando hubieren opiniones discrepantes.

7. EL EXAMEN DE LA PRUEBA MATERIAL

La llamada prueba material es aquella que directa o indirectamente se encuentra vinculada al hecho delictivo y que con fines de esclarecimiento y comprensión sobre lo ocurrido debe ser expuesta ante el juzgador y analizada por las partes.

El art. 382 (modificado) establece que son aquellos instrumentos o efectos del delito, o los objetos o vestigios incautados o recogidos en la escena del crimen o durante la investigación o incorporados con anterioridad al juicio oral, y *siempre que sea materialmente posible*, serán "exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes." En tal sentido, dicho material probatorio (arma blanca, revolver, carta, dinero,

vestimenta, u otro instrumento u objeto) podrá ser presentado tanto al acusado, testigo como perito, con ocasión de su declaración o examen, para que procedan a su reconocimiento y expliquen sobre ello.

8. LA ORALIZACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

La oralización de la prueba documental tiene por finalidad conocer del contenido de determinados documentos con la finalidad de análisis y debate por las partes y, naturalmente, para que el juzgador vaya formando convicción sobre el mismo. No se trata de una simple "lectura de piezas".

No toda la documentación existente en el expediente será objeto de lectura y debate, pues sólo se han de examinar aquellas que hayan sido admitidas en la fase intermedia.

El nuevo código procesal en el artículo 383.2, prohíbe oralizar los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en el juicio oral; incluso, se establece que aquellos documentos o actas que pretendan ser introducidos a la audiencia mediante su lectura no tendrán valor, lo que resulta coherente con la admisión previa de las pruebas. En cambio, taxativamente se establece (art. 383.1) que se podrán incorporar para su lectura;

a. Las actas que contienen la prueba anticipada.
b. La denuncia, la prueba documental o de informes, las certificaciones o constataciones.
c. Los informes o dictámenes periciales; las actas de debate pericial, con intervención de las partes o con su debido emplazamiento, y cuando el perito no haya concurrido al juicio oral.
d. Los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
e. Las declaraciones testimoniales actuadas por exhorto.
f. Las declaraciones prestadas ante el fiscal, con la concurrencia o emplazamiento debido de las partes, cuando el declarante no pueda concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero, o causa independiente a la voluntad de las partes.

g. Las actas levantadas por la policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles (actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento y otras).

Cada una de las partes pedirá al juzgador que disponga la lectura del documento escrito o visual para proceder a su análisis, luego de lo cual podrá hacer lo propio la parte contraria. Por ello es que el legislador ha señalado que la oralización incluye "además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta." (art. 383.3) Las normas de procedimiento se pueden resumir en las siguientes:

a. La oralización se realizará cuando indistintamente la pida el fiscal y el defensor, pero se sigue en orden y bajo la dirección del juzgador. La inicia el fiscal, sigue el defensor del actor civil, del tercero civil responsable y al final, el defensor del acusado.

b. La parte que pide la oralización debe de indicar el documento y expresará oralmente lo que considere útil o importante para su pretensión o como dice la ley se "destacará el significado probatorio que considere útil". Si el documento (informe o grabación) es muy amplio se podrá disponer de su lectura o conocimiento parcial.

c. También se establece que los videos, sonidos o soporte informático podrán ser reproducidos según su forma habitual.

d. Una vez concluida la oralización, el juez concederá la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre su contenido, lo que, en el fondo constituye el análisis que hace sobre la prueba actuada.

e. Se prohíbe la oralización de los documentos o actas que se refieran a la prueba actuada en juicio ni a la actuación de ésta. También se establece que todo documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura carece de valor (art. 383.2).

Culminados los pedidos de oralización del fiscal, se procederá igualmente con los que ofrezca cada uno de los defensores, a cuyo tér-

mino de exposición seguirá la del fiscal y las otras partes. En el mismo contexto, si el fiscal no pide la oralización de prueba no significa que no pueda comentar o analizar lo que se oralice a pedido del defensor del acusado.

La oralización de la prueba documental para casos complejos puede tornarse muy extensa pero igualmente constituye garantía propia del debate y necesaria para formar en el juez la convicción necesaria para su decisión final.

9. LA PRUEBA DE OFICIO

El nuevo Código también considera que puede ser importante para conocer debidamente los hechos en el juicio oral la actuación de pruebas de oficio. Estas posibilidades de decisión propia del juez del juicio, si bien se aleja del sistema propiamente acusatorio (consecuentemente constituye un rezago del sistema anterior) permite al juzgador, excepcionalmente, decidir la realización de pruebas no pedidas por las partes. En tal sentido, se prevé que de oficio o a pedido de parte, el juzgador puede ordenar la realización de una inspección (técnico judicial) o una reconstrucción, cuando no se halla realizado en la etapa de investigación preparatoria o cuando esta resultara manifiestamente *insuficiente*; para ello se requiere el previo debate de las partes.

De otro lado, una vez culminada la actuación de la prueba y de manera excepcional, el juez podrá, de oficio o a pedido de las partes, la actuación de nuevos medios probatorios si "en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad". Lo que nos parece de suma importancia si se tiene en cuenta que el nuevo proceso no es uno de partes sino bajo la dirección e intervención del juzgador, quien en este extremo cuidará de no reemplazar la actuación de las partes (art. 385.2). Es necesario señalar que en este último caso la ley no exige del juez que previamente escuche a las partes, pudiendo pedir su opinión o tomar tal decisión sin ella. La ley agrega que la resolución que emita en ambos casos no es impugnable (art. 385.3).

10. LOS ALEGATOS FINALES

El análisis sobre los hechos materia de la acusación y sobre los aspectos probatorios y jurídicos de todo lo actuado en la audiencia corresponde a las partes y se le conoce tradicionalmente como los *alegatos finales* o dentro de las técnicas de intervención oral sería el *alegato de clausura*. Se trata del momento culminante del contradictorio donde el fiscal, el actor civil, el tercero civil responsable y el defensor del acusado van a sustentar sus pretensiones acusatorias y absolutorias buscando generar en el juzgador la convicción necesaria para su decisión final.

El alegato debe de inspirarse en los principios de libertad, justicia e igualdad, pero además, debe ser ordenado (exordio, argumentación y epílogo), sencillo, expresado con claridad, breve, lógico, práctico, ético y hasta ingenioso.[88]

A diferencia de la legislación antigua, el nuevo Código (art. 386 – 391) hace algunas precisiones y nuevas facultades a las partes así como al juzgador.

a. El orden a seguir en los alegatos es como se ha señalado: primero el fiscal, luego el actor civil, el tercero civil, el defensor del acusado y se agrega la autodefensa del propio acusado, si considera necesario. Si está presente el agraviado, podrá tener el mismo derecho de alegación, pero el acusado siempre será el último en declarar.

b. Las partes no podrán leer escritos, pero si podrán utilizar apuntes, notas, incluso emplear gráficos o ayudas audiovisuales para una *mejor ilustración* al Juez.

c. El juzgador fijará el tiempo prudencial a las partes para la exposición de los alegatos, atendiendo a la naturaleza y complejidad del caso (número de delitos de acusados o agraviados), pudiendo llamarles la atención cuando se trate de manifiesto abuso de la palabra e incluso, podrá fijar un tiempo límite.

d. Constituye regla que al finalizar el alegato, el orador debe de expresar sus conclusiones de modo concreto, es decir, si se pide la

88 Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 601.

condena, la pena y reparación civil, o la absolución o reducción de la pena pedida por el acusador, o la determinación del monto de la reparación civil, por ejemplo.

e. No se exige que las conclusiones de las partes se presenten por escrito.

f. El Fiscal en su alegato mantendrá su acusación escrita si los cargos de imputación se han corroborado; pedirá la *adecuación* de la pena, si han surgido nuevos elementos de juicio que permitan aumentar o disminuir la pena y reparación civil; podrá pedir la imposición de una *medida de seguridad.*

g. El Fiscal también podrá *retirar la acusación* en caso de que los cargos formulados contra el acusado se hayan desvirtuado en el juicio (art. 387.4). El juez puede expresar su acuerdo o disconformidad, elevándose la consulta, en este caso, al superior inmediato. La decisión de éste vincula al fiscal inferior y al juez.

h. El alegato del actor civil centrará su alegato en la cuantía de la indemnización, pidiendo la restitución del bien o su valor. Puede analizar y esclarecer las circunstancias del hecho delictivo para sustentar su pretensión civil, pero se le prohíbe expresamente calificar el delito (art. 388). La ley posibilita que el agraviado pueda hacer uso de la palabra, si está presente en la audiencia (art. 386.3).

i. El alegato del defensor tercero civil responsable podrá analizar el hecho delictivo, cuestionar el daño o su magnitud, o negar la responsabilidad civil solidaria o el monto de la reparación civil peticionada (art. 389).

j. El alegato del defensor del acusado deberá centrase en el análisis de los argumentos de imputación, de las pruebas actuadas, la responsabilidad penal, grado de participación atribuida a su patrocinado, la pena y la reparación civil. Concluirá pidiendo la absolución del acusado, la atenuación de la pena u otro pedido que pueda favorecer a su patrocinado (art. 390).

k. En cuanto a la *autodefensa* del acusado, se establece que se le concederá la palabra al finalizar el alegato de su defensor a fin

de que exponga lo que estime conveniente a su defensa; es el derecho a la *última palabra* del acusado antes de conocerse la sentencia. De ser el caso, se le limitará el tiempo de exposición (art. 391).

IV. TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ORAL

1. INTRODUCCIÓN

El juicio oral es la fase más importante del proceso penal y donde las partes acreditadas, Fiscal y defensores van a tratar de lograr la convicción del juzgador, para que decida sobre sus pretensiones sancionatorias o exculpatorias, a través de la exposición de los hechos, el ofrecimiento de pruebas y el análisis jurídico que hagan sobre las mismas, resaltándose su poder de intervención oral y convencimiento.

El proceso penal peruano -sobre todo el nuevo proceso- exige desde la postura del Fiscal y del defensor, la elaboración del caso, de su caso, a fin de alcanzar el éxito en su *intervención* procesal haciendo uso de conocimiento, destrezas y habilidades para convencer al juzgador sobre la responsabilidad o inocencia del acusado.

Como se puede apreciar, el caso penal relaciona determinados elementos básicos en todo proceso: los hechos y las pruebas, a los que se añaden los aspectos jurídicos y determinadas técnicas de intervención oral. Se trata entonces de una actividad propia de las partes en el proceso penal que se manifiesta a plenitud en el juicio oral, pero que aparece con menos intensidad desde la investigación y audiencias preliminares. El elemento fáctico permite conocer e identificar los hechos y sus aspectos más relevantes de tal manera que sustente el planteamiento jurídico; comprende las circunstancias propias del caso, la participación de las personas, el lugar, el tiempo, los medios utilizados, los efectos de la acción, las condiciones personales del acusado o de los testigos, principalmente. El elemento jurídico no es sino la adecuación técnica jurídica de los hechos en las leyes

penales y procesales; y el elemento probatorio que permite al fiscal o la parte sustentar los elementos fácticos y los elementos jurídicos a fin de lograr su objetivo central en el juicio: probar la culpabilidad o inocencia del acusado.

2. TEORÍA DEL CASO. CONCEPTO

El centro de la teoría del caso son los hechos y la actividad probatoria, y comprende además su planeamiento, su elaboración, la intervención oral, el interrogatorio y el contrainterrogatorio, así como los alegatos de apertura y clausura Para DECASTRO GONZÁLEZ, la teoría del caso es una construcción teórica de tres niveles (jurídico, fáctico y probatorio), que le permiten al litigante organizar lógicamente los elementos con que presentará su caso al juzgador. "Se trata de un conjunto de hechos (teoría fáctica) que se reconstruyen a través de la prueba (teoría probatoria) y se subsumen dentro de las normas jurídicas que se consideran aplicables al caso (teoría jurídica), de modo que los hechos puedan ser probados en juicio."[89]

Son las partes las que presentan su teoría del caso al juez a fin de que éste adopte alguna de ellas. Como bien lo señala BAYTELMAN y DUCE la teoría del caso "es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba" y en donde se destaca precisamente el profesionalismo del litigante para ofrecer a los jueces la mejor teoría del caso posible dada la prueba disponible.[90]

La teoría del caso aparece entonces como una estrategia o diseño necesario que hace el Fiscal o el defensor sobre los hechos que van a presentar y probar durante el juicio oral de manera clara, conducente y con fundamentación jurídica. De allí la necesidad de que las partes aludidas antes de ir a juicio oral hagan de su caso toda una estrategia

89 DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro, *El Contrainterrogatorio*, Comlibros y Cía. Limitada, Medellín, Colombia, año 2005, p.2.

90 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación oral juicio oral y prueba*, Editorial Alternativas, Lima 2005, p. 102.

de intervención, la misma que ha de ir perfeccionándose o adecuándose durante el transcurso del juicio oral, En caso contrario, las posibilidades de éxito se alejarán.[91]

También se ha definido como el plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que van a probar; es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos.[92] Se puede decir entonces que la teoría del caso "es el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana."[93]

3. IMPORTANCIA Y UTILIDAD

La teoría del caso es de suma importancia para el fiscal como para el defensor, pues para el primero significará poder explicar los hechos y fundamentar jurídicamente su pretensión punitiva por el delito incurrido; para el defensor, su explicación y fundamentación jurídica se centrará en lograr a favor de su patrocinado la absolución o en la disminución de su responsabilidad penal. Conforme a la sustentación que hagan las partes, el juez adoptará una de las posiciones a fin de dictar la sentencia.

Como lo señala BLANCO SUÁREZ, el juicio oral es el escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia. "Esta competencia de relatos discurre sobre el eje de la inmediación, esto es,

91 Desde una postura de la defensa véase MAUET, Thomas, *Estudios de Técnicas de Litigación*, Traducción de Karen Ventura Saavedra, supervisado por Luis Reyna Alfaro, Jurista Editores, Lima 2007, p. 19 y ss.

92 Véase PEÑA GONZALES, Oscar, *Técnicas de Litigación oral*, APECC, Lima 2008, p. 144 y ss.

93 Véase necesariamente Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal de Nuevo León. Programa de Divulgación. Monterrey, 2004, p. 68.

los relatos son realizados directamente ante quien tiene la atribución y función de dirimir el conflicto entre partes, o dicho de otra forma, el conflicto de relatos entre partes."[94]

Además de ello, la teoría del caso es útil[95] para las partes pues permite a) planificar y organizar el alegato de apertura; b) organizar la prueba que sustente su posición en el juicio, en cuanto al orden de su presentación, su importancia e impacto; c) conocer y elaborar estrategias respecto de los órganos de prueba presentados por la parte contraria, atendiendo a sus fortalezas y debilidades; d) preparar el contrainterrogatorio; e) analizar la estrategia de la parte contraria; formular objeciones durante el juicio; y f) preparar el alegato de clausura.

4. CARACTERÍSTICAS

Además de las notas distintivas señaladas, la teoría del caso presenta determinadas características destacadas por la doctrina:[96] [97]

a. Debe ser única y creíble, es decir, debe plantearse una sola versión sobre el caso. Cambiar la estrategia sobre los hechos debilita la posición de la parte, pues la teoría del caso exige coherencia en la explicación de los hechos que se presenta. Además, la versión que se plantea debe ser creíble por sí misma; la verosimilitud es importante en la búsqueda de convencimiento del juzgador.

b. Debe ser lógica, sencilla y flexible, es decir, se exige coherencia lógica de los hechos que se afirman con los aspectos jurídicos; explicada con la mayor claridad o sencillez, evitando el uso de

94 BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros, *Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, 1ª edición, Santiago de Chile, 2005, p. 17.

95 PEÑA GONZALES, O., citado, p. 148.

96 NEYRA FLORES, José, *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal, Código Procesal Penal. Manuales Operativos*, publicación de la Academia de la Magistratura, Lima, 2007, p. 40. PEÑA GONZALES, O., citado, p. 148.

97 Véase también BLANCO SUÁREZ, R., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, citado, p. 19 y ss. El citado autor se señala como características: a) única; b) autosuficiente; c) verosímil; y d) asociada a un valor y/o bien jurídicamente relevante.

los tecnicismos legales; y, además, el caso debe plantearse posibilitando su adecuación conforme al desarrollo del juicio sin que ello signifique un cambio total que afecte la credibilidad de lo expuesto.

c. Debe estar sustentada jurídicamente, tanto desde la perspectiva del fiscal como del defensor, adecuando los hechos a la normatividad penal y procesal vigente.

5. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso debe ser elaborada de manera tal que permita alcanzar los objetivos trazados por el fiscal o el defensor. En tal sentido, ha que tener en cuenta los siguientes aspectos:

a. La elaboración de las proposiciones fácticas. Para BERGMAN, en el juicio oral se puede probar o refutar ciertas teorías jurídicas y éstas son abstracciones que están distanciadas "un par de pasos" de la evidencia. El autor identifica la teoría jurídica con los elementos del tipo penal, que no son proposiciones demostrables, por ejemplo, los elementos del delito de robo o fraude; los hechos que se afirman o exponen deben de adecuarse a cada elemento. De allí que para el profesor BERGMAN la proposición fáctica "es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal"[98] y pueden existir varias proposiciones fácticas respecto de un solo elemento legal; que, como dice BAYTELMAN[99] si el juez las cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica.

b. Agrega BAYTELMAN que "es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar. Por consiguiente el relato de nuestros testigos determinan finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que las proposiciones fácticas deben estar contenidas en el relato de los testigos." Cada una

98 BERGMAN, Paul, *La Defensa en juicio, La defensa penal y la oralidad*, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, publicado en español, Argentina, 1989, p. 23.

99 BAYTELMAN, A., citado, siguiendo a BERGMAN, p. 97.

de las partes elabora sus proposiciones fácticas o hechos relevantes y es sobre estas proposiciones que recae la prueba.

La determinación de los medios de prueba más idóneos para demostrar la adecuación de los hechos a las disposiciones penales o procesales (testimoniales, periciales, documentales, etc.) se debe de anticipar a los cuestionamientos que pudiera hacer la parte contraria sobre la prueba que se ofrece; también se deberá tener en cuenta las pruebas ofrecidas por la contraparte a fin de fijar su estrategia de interrogatorio o contrainterrogatorio. La ida central es probar los hechos o proposiciones fácticas mediante medios más idóneos que permitan formar convicción en el juzgador.

c. La construcción del relato se hace sobre la base de las proposiciones fácticas sustentadas con los medios de prueba, de manera lógica, clara, creíble, persuasiva, con seguridad y convicción de quien expone.

6. ESTRATEGIAS PARA LA COMUNICACIÓN. LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ORAL

La parte más importante en la teoría del caso se manifiesta en las intervenciones orales que hace el fiscal y el defensor durante el inicio, desarrollo y culminación del juicio oral. Constituyen elementos claves en el éxito de la intervención el conocimiento del caso a sustentar, el convencimiento total de lo que se va a sostener y la seguridad manifestada en cada una de las diligencias probatorias que se desarrollan en el juicio oral, la preparación estratégica para cada examen de testigos y peritos y también para el contraexamen, la exposición clara, técnica, jurídica y convincente que se hace ante el órgano jurisdiccional sentenciador.

7. EL ALEGATO DE APERTURA

El alegato de apertura constituye la primera intervención oral que corresponde al fiscal y los defensores sobre la teoría del caso que presentan ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de hacer conocer sus posiciones y pretensiones. Este alegato comprende la exposición

resumida de los hechos, las pruebas que lo sustentan y lo que se espera al final del juicio.

El art. 371°.2 del nuevo código procesal penal establece el alegato o intervención de apertura del juicio oral. Señala que una vez instalada la audiencia, "el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas."

Ha de tenerse en cuenta que el juez del juicio recién va a escuchar a las partes acerca del caso y se requiere que las partes logren su máxima atención. El Fiscal y los defensores, cada uno en su momento harán una breve introducción del caso, para presentar el hecho, el delito y la persona imputada, de manera genérica; luego, se debe hacer una exposición de hechos de manera clara, creíble y coherente, precisando las pruebas y los fundamentos jurídicos, cuidando de no expresar opiniones o valoraciones técnicas, menos definiciones finales, que deben presentarse en el alegato de clausura. El alegato de apertura culminará con la pretensión acusatoria del fiscal, consistente en la responsabilidad del acusado y las propuestas de pena y reparación civil y las que presenten los defensores según su posición.[100]

8. EL EXAMEN O INTERROGATORIO DIRECTO

El examen o interrogatorio directo es la revisión en el juicio oral de los testigos que la propia parte presenta (sea acusado, víctima o testigo) a fin de desarrollar el relato que permita comprobar las proposiciones fácticas y el éxito de la teoría del caso. Se busca extraer de las declaraciones la información necesaria para construir la historia o parte

100 La estructura del alegato de apertura puede ser: a) introducción; b) presentación de hechos e identificación de las personas; c) argumentación jurídica; y d) conclusiones. Véase PEÑA GONZALES, O., citado, p. 167 y ss.

de la misma[101] o como señala BERGMAN es la principal oportunidad que uno tiene para narrar su historia.[102]

Para FONTANET, el interrogatorio directo es aquel que efectúa el abogado que presenta al testigo, con el propósito de establecer o aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones[103]. Naturalmente ello requiere la preparación previa para el examen del testigo, resultando de utilidad escuchar de ellos todo cuanto tienen que decir sobre el caso y además explicarles la importancia de su testimonio. [104]

Asimismo, el mismo Julio FONTANET ha identificado diez reglas o mandamientos para tener en cuenta en los casos de interrogatorio directo:

1. Acreditación del testigo, a fin de que el juez conozca quien es el testigo, formulando preguntas a fin de saber su nombre, profesión u oficio, estado civil, familia, religión, principalmente.
2. Sencillez en la formulación de las preguntas como en las respuestas del testigo. En tal sentido, las preguntas y respuestas deben ser concretas, puntuales, claras y de fácil comprensión, tratando de simplificar el testimonio pericial y evitando preguntas extensas o compuestas así como el empleo de las conjunciones ("y" "o")
3. Utilizar preguntas de transición y orientación, que ayudan al testigo a recordar y reconstruir su testimonio, así como ayuda al juez en el proceso mental de recordar y entender el interrogatorio directo.
4. Descripción de los lugares donde han acontecido los hechos que puede ser desconocido para el juzgador, permitiéndole una mejor ubicación del lugar donde ocurrieron los hechos que dan lugar al

101 BAYTELMAN, A., *Litigación Penal*, citado, p. 110.

102 BERGMAN, P. *La defensa en juicio*, citado, p. 57.

103 Véase también ÁNGULO ARANA, Pedro. *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal*, 2° Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

104 FONTANET MALDONADO, Julio, *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, Jurídica Editores, Segunda edición, Puerto Rico, año 2000, p. 2. Agrega el autor que con relación a sus particularidades como testigos, es importante conocer su vocabulario, su trasfondo y prestar especial atención a su apariencia (...) Es muy importante practicar con el testigo cuales van a ser las preguntas que se le van a hacer, así como aquéllas que con toda probabilidad le hará el abogado de la parte contraria; p. 3.

juicio. La descripción puede comprender: iluminación, personas, sonidos, distancias, tiempo, conocimiento previo, pudiéndose utilizar fotografías, mapas e incluso el testigo mismo puede ilustrar mejor su dicho con dibujos u otro medio útil.

5. Controlar el ritmo del examen directo, porque el testimonio del declarante debe ser escuchado con detenimiento por el juez; si es ameno e interesante seguro que será atendida por el juez. Es obligación del defensor lograr el ritmo adecuado del examen abarcando los aspectos del testimonio que le son útiles, sin apresuramientos; salvo que lo que diga el testigo pueda ser perjudicial, en cuyo caso podrá agilizar el ritmo del examen directo.

6. No hacer preguntas sugestivas, que es aquella que hace una aseveración en la cual el testigo acepta o rechaza la misma. Estas preguntas revelan una mala preparación del caso.

7. ¿Anunciar debilidades? El autor se pregunta si se deberá presentar la evidencia adversa de un testigo durante el interrogatorio directo? Y sostiene que se deberá hacer si se sabe que la parte contraria lo presentará durante su contrainterrogatorio o en su turno de prueba. Pero además, la respuesta dependerá de dos elementos importantes: la naturaleza del dato o información que pueda conocer la parte contraria; y conocer al abogado de la otra parte, pues resulta importante y útil conocer al adversario, su capacidad, habilidad, su reputación de diligente o riguroso, lo que nos permitirá pensar que con mucha probabilidad conoce o ha tenido acceso al hecho adverso. Si la respuesta es afirmativa de alguna de las interrogantes entonces debe presentarse la prueba.

8. Escuchar la respuesta del testigo prestándole la atención del caso, incluso invitándolo a que suba el tono de su voz si responde con voz muy baja. También el abogado le puede solicitar al testigo que hable más pausadamente y que trate de hablar con claridad. La atención a las respuestas del testigo es importante también para sustentar posición respecto de las objeciones o la reformulación de su pregunta.

9. La posición del abogado es parecida a la de un "director" en el examen directo pero sin quitarle atención al testigo. El abogado debe tener un formulario, bosquejo o esquema de lo que va a preguntar, no siendo aconsejable tener escritas todas las preguntas que se harán a un testigo. De esta manera el defensor tendrá más posibilidades de atender directamente al testigo y evitará que se incurra en error al leer las preguntas.

10. El interrogatorio debe ser organizado, debe seguir un orden cronológico, desde el inicio de los hechos a fin de destacar los aspectos medulares del testimonio incluyéndose al final el reconocimiento o no de la persona acusada (final climático).

    El mismo autor, sugiere seguir el siguiente formato en el interrogatorio directo:[105]

    a. Preguntas de acreditación.
    b. Preguntas introductorias.
    c. Narración principal.
    d. Preguntas descriptivas.
    e. Presentación de evidencias.
    f. Corroboración.
    g. Final climático.

9. EL CONTRAEXAMEN O CONTRAINTERROGATORIO

El contraexamen es el interrogatorio que se hace al testigo ofrecido por la parte contraria y que exige al litigante tener un control del testigo porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio, una versión a la que el testigo es naturalmente reticente.[106]

105 FONTANET, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, citado, p. 27 y ss.
106 BAYTELMAN, A., *Litigación Penal*, citado, p. 152.

DECASTRO distingue el contrainterrogatorio *formal* y el *material*, el primero cuando se interroga a un testigo por una parte que no es la que hizo el interrogatorio directo; y en sentido material, es una faceta de la práctica de la prueba testimonial en la cual la parte o sujeto procesal afectado con el testimonio tiene la oportunidad de controvertirlo directamente examinándolo desde el punto de vista de sus intereses.[107]

Debe señalarse que el contraexamen está limitado a aquellas áreas establecidas en el interrogatorio directo y todas aquellas relacionadas con la credibilidad del declarante. Para FONTANET el contraexamen tiene los siguientes objetivos:[108] a) aportar elementos positivos al caso; b) destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria; y c) impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria.

Para BAYTELMAN hay cinco objetivos posibles para el contraexamen:[109]

a. Desacreditar al testigo, cuestionando su credibilidad personal, su valor como fuente de información. Puede centrarse en el interés del testigo y su conducta previa.

b. Desacreditar el testimonio, es decir, no se ataca a la persona en sí, sino a su dicho, se busca afectar la credibilidad del testimonio, de la afirmación que se hace que puede estar viciada por determinadas características personales o circunstancias externas, por ejemplo, por la miopía, la sordera, la oscuridad, la distancia, el ruido.

c. Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas, logrando del testigo de la otra parte que se afirmen nuestras proposiciones o corrobore los hechos que se sostienen.

d. Acreditar prueba material propia, es decir, fortalecer nuestra prueba ofrecida mediante la declaración del testigo de la contraparte.

e. Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte, es decir, si se logra obtener inconsistencias o debilidades del testimonio se daña a la parte contraria, se favorece nuestra posición.

---

107 DECASTRO GONZÁLEZ, A., *El contrainterrogatorio*, citado, p.1.

108 FONTANET, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, citado, p. 118 y ss.

109 BAYTELMAN, A., *Litigación Penal*, citado, p.159.

Naturalmente el éxito del contrainterrogatorio dependerá de muchos factores pero, principalmente, del conocimiento de los hechos y de las habilidades para intervenir oralmente. Las preguntas sugestivas (aquellas que contienen la respuesta, donde el sujeto sólo puede responder sí o no) son el arma principal que tiene el contrainterrogado para cumplir los fines de esta intervención, pues permite que éste controle las respuestas del contrainterrogado. Se requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y su testimonio, saber como confrontarlos, que tipo de preguntas formular -las sugestivas-, tener dominio sobre el testigo y saber cuando y como terminar el contraexamen.[110]

10. LAS OBJECIONES

Las objeciones son los cuestionamientos que las partes hacen durante el desarrollo del juicio por alguna intervención, el tipo de preguntas o la actividad de la contraparte que afecta su posición o el desarrollo del juicio oral. También se afirma que son aquellos problemas o cuestiones que se pueden llamar incidentes; entonces, las objeciones "son incidentes que al presentarse en el contexto de un juicio oral tienen un formato mucho más desformalizado, pues están regidos simplemente por la lógica del debate."[111]

Las objeciones se manifiestan, principalmente, en el ámbito de la formulación de las preguntas que afectan a la contraparte. Por ello, se debe de plantear adecuadamente teniendo en cuenta determinadas reglas: a) debe actuarse rápidamente, en el momento que surge la mácula de la inadmisibilidad, antes de que el testigo responda; b) debe actuarse con profesionalidad, poniéndose de pie para plantear su *objeción* y exponer sus fundamentos; c) se debe conocer al juez o tribunal en cuanto a estos temas y de sus exigencias para estar en condiciones de formular

110 Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal de Nuevo León, citado, p. 156. También se señalan cinco objetivos: a) atacar la credibilidad personal del testigo; 2) atacar la credibilidad del testimonio; 3) obtener que el testimonio apoye, aún parcialmente la teoría del caso del contrainterrogador; d) sacar a relucir lo que el testigo no dijo; y e) hacer puntos para el alegato de conclusión.

111 BAYTELMAN, A., *Litigación Penal*, citado, p. 185.

las objeciones; d) objetar cuando sea necesario y no en todos los casos; e) conocer el derecho de la prueba, pues no es necesario identificar la objeción, sino explicar el fundamento que la hace inadmisible; f) prever los incidentes objetables, lo que exige conoce cabalmente nuestro caso y de la parte contraria; entre otras.[112]

BAYTELMAN enseña que tipo de preguntas pueden ser objetables:

a. Las preguntas sugestivas, que son aquellas que sugiere o fuerza el contenido de la respuesta.

b. Las preguntas capciosas o engañosas, que son aquellas que en su elaboración inducen a error al que la responde.

c. Las preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo, perito o acusado.

d. Las preguntas confusas, ambiguas o poco claras.

e. Las preguntas impertinentes o irrelevantes.

f. Las preguntas repetitivas.

g. Las preguntas compuestas, que son aquellas que incorporan en su contenido varias afirmaciones y que debe ser objeto de una pregunta independiente.

Además de lo expuesto, existen otros casos donde se pueden formular objeciones, por ejemplo cuando el testigo expresa concepto, opinión o suposición o hace comentarios sobre los hechos.

11. EL ALEGATO DE CLAUSURA

Constituye la intervención final que hace el Fiscal y el defensor en el juicio oral con la finalidad de exponer sus fundamentos fácticos y jurídicos ante el órgano jurisdiccional a fin de formarle convicción sobre la pretensión planteada en su teoría del caso.

Debe de tenerse en cuenta que el principal objetivo del alegato final es convencer al juzgador de que nuestras proposiciones fácticas son

112 FONTANET, J., *Principios y Técnicas*, citado, especialmente el acápite de los mandamientos de las objeciones., p. 70 y ss.

exactas; además formular las razones en el sentido de que la exactitud de nuestras proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de la justicia.[113]

Se trata de la exposición argumentativa final que se hace en el juicio y que debe de resumir fundada y convincentemente sus apreciaciones sobre los hechos y pruebas analizadas sosteniendo sus conclusiones punitivas o absolutorias. Estos aspectos lo diferencian del alegato de entrada. BAYTELMAN y DUCE nos ilustran estas afirmaciones de la siguiente manera: "Es recién aquí donde ensamblaremos todas las piezas del rompecabezas que hemos venido armando a través de la presentación de la prueba. Allí mostraremos al tribunal de qué manera cada pedazo de prueba y cada trozo de información se conjuga para probar nuestras proposiciones fácticas y hacer creíble nuestra teoría del caso. Es en el alegato final que los abogados le darán unidad y coherencia al relato que han venido construyendo y darán su lectura íntegra y de corrido por primera y única vez."[114]

En el proceso penal se regula esta intervención bajo la denominación de los alegatos finales y se estructura el orden y desarrollo de la intervención del fiscal y de los defensores en los artículos 386° - 390° incluyéndose la intervención del mismo acusado como mecanismo de autodefensa (art. 391°). El alegato de clausura debe ser claro, coherente, lógico, directo, fundamentado y expuesto de manera tal que genere no sólo la atención del juzgador sino también su convencimiento.

Se puede decir que la estructura del alegato de clausura debe tener los siguientes elementos:[115]

a. Seguir el orden cronológico de los hechos.

b. Tener en cuenta el orden de los cargos de la acusación y/o defensa.

113 BERGMAN, P., *La Defensa en juicio*, citado, p. 186. Para FONTANET, se trata del procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de evidencia inadmisible, como también para objetar un comportamiento indebido durante el juicio, Principios y Técnicas, citado, p. 69.

114 BAYTELMAN y DUCE, *Litigación Penal*, citado, p. 311.

115 Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal de Nuevo León, citado. p. 201.

c. Analizar los supuestos jurídicos sustanciales o procesales. Se parte de la premisa jurídica, de allí el discurso sobre los hechos y sobre la prueba.

Asimismo, se deben de destacar las siguientes técnicas o recomendaciones del alegato de clausura:[116]

a. El primer momento. La exposición final debe ser concisa y completa, es decir, que comprenda sobre los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos.

b. Se debe de dosificar el tiempo de manera eficiente para tratar los temas señalados anteriormente, con un lenguaje sencillo y claro.

c. Se debe de utilizar temas y calificativos sobre los aspectos mas resaltantes del debate, de las circunstancias y de las personas que han intervenido.

d. Se pueden usar preguntar retóricas durante el discurso, para precisar la controversia, para retar a la otra parte a argumentar y para ganar punto a su favor.

e. Argumentar con la experiencia y el sentido común. La explicación de los hechos y de las conductas pueden fundarse en el conocimiento cotidiano ciudadano y en la experiencia diaria.

f. Se debe de confrontar los puntos problemáticos, buscando la explicación razonable a ser valorada por el juzgador.

g. Utilizar los hechos no controvertidos, pues constituye un buen respaldo para interpretarlo a favor. Es lo que el fiscal o la defensa no discute.

h. Realizar concesiones convenientes a la parte contraria que no afecten su teoría del caso; debe practicarse excepcionalmente para evitar que se convierta en un argumento en contra.

i. Se debe de concluir con fuerza. Es decir, en el momento que se ha logrado la atención del juzgador sobre el resumen del alegato, el fiscal o el defensor debe de expresar con firmeza su conclusión final.

116 Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal de Nuevo León, citado. p. 203.

V. LA SENTENCIA PENAL

La sentencia es la forma ordinaria por la que el órgano jurisdiccional da por terminado el juicio resolviendo definitivamente la pretensión punitiva y poniendo fin al proceso. Para GIMENO SENDRA se entiende por sentencia penal la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación ordinaria y cada una de sus instancias y en la que condena o absuelve al acusado con todos los efectos materiales de la cosa juzgada.[117]

1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA SENTENCIA

La sentencia penal constituye la forma típica de conclusión jurisdiccional del proceso penal. Es la verdadera encarnación del juicio de legalidad penal.[118] Presenta las siguientes características.

a. Con la exposición de los alegatos de clausura se cierra el debate y el órgano jurisdiccional pasará de inmediato a deliberar. Esta deliberación será secreta, en un plazo de dos días (en casos complejos cuatro días) para producir el fallo, caso contrario, deberá repetirse el juicio en otro juzgado, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que corresponda. Se establece que la sentencia se decide por unanimidad o por mayoría; si no hay acuerdo sobre la pena o la reparación civil, se aplicará el término medio. Se prevé que para el caso de la aplicación de cadena perpetua, se requerirá decisión unánime.

b. En el ámbito de la prueba, se señala que para efecto de la deliberación sólo podrán utilizarse aquellas pruebas legítimamente incorporadas al juicio; también se instruye al juez para que examine la prueba de manera individual y luego en conjunto con las demás

117 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 671.

118 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta Lectura Constitucional, citado, p. 269. Agrega el citado autor español que la "única forma de intelección última de este viejo principio es la vía procesal: *Nullum crimen, nulla poena sine indicio*."

pruebas y se precisa que la valoración de la prueba respetará las *reglas de la sana crítica*, con especial énfasis a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (art. 393.2).

c. La *deliberación y votación* estarán referidas a las cuestiones incidentales diferidas; a la existencia del hecho y sus circunstancias; a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias y participación delictiva; a la calificación legal del delito; a la individualización de la pena aplicable y/o medida de seguridad; a la reparación civil y las consecuencias accesorias; y a las costas, si corresponde.

d. Al margen de lo que establece la LOPJ, el nuevo código prevé los siguientes requisitos de la sentencia penal: a) juzgado, lugar y fecha, nombre del juez y las partes y los datos personales del acusado; b) los hechos y circunstancias objeto de la acusación; c) las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio y la posición de la defensa del acusado; d) la motivación clara, lógica y completa de los hechos probados o no y la valoración de la prueba que la sustenta; e) los fundamentos de derecho, precisando las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales; calificar los hechos y fundar el fallo; f) la parte resolutiva con mención expresa de la absolución o condena del acusado por cada delito imputado; g) deberá comprender, según el caso, las costas, el destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito; y h) finalmente, la firma del juez.

e. La sentencia será redactada por el juez o director del debate (en caso de órgano colegiado), en párrafos en orden numérico, se podrán hacer anotaciones en números sobre las normas legales y jurisprudencia; también notas al pie de página para cita de doctrina, jurisprudencia, etc., lo que nos parece positivo si se tiene en cuenta que se trata precisamente de la decisión final del juez sustentada en la ley, la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. Habría que decir que esta disposición ya se viene aplicando en la práctica actual, dejándose de lado inclusive el modelo

sabana de la sentencia tradicional. Se debe agregar la necesidad de que la sentencia debe construirse con claridad a fin de que sea entendible para el justiciable.

f. La *lectura de la sentencia* se produce, habiéndose convocado a las partes, después de la deliberación en la sala de audiencias. La ley señala una *convocatoria verbal*, lo que permite suponer que dicha convocatoria o notificación verbal se hará al finalizar los alegatos. En caso de suspensión de la deliberación por enfermedad del juez o uno de ellos, si fuere colegiado, también podría hacerse uso de la notificación escrita de manera paralela. El legislador señala expresamente que la sentencia será leída "ante quienes comparezcan" lo que permite continuar y culminar el juicio aún sin la presencia de algún sujeto procesal, sin embargo, debe tenerse en cuenta que, por mandato constitucional (art. 139.12), no se puede condenar al acusado en ausencia. Sin embargo, el art. 391.2 establece la posibilidad de desalojo del acusado de la Sala de audiencia cuando incumple las órdenes del juez, permitiendo en este supuesto, la lectura de la sentencia *no estando presente el acusado* (en ausencia), pero estando su abogado particular o de oficio. La sentencia se notifica con la lectura integral de la misma en audiencia pública, debiendo entregarse a las partes copia de la misma de manera inmediata.

g. Por último, se establece que en casos complejos o teniendo en cuenta lo avanzado de la hora, se dará lectura a la parte dispositiva de la sentencia y se podrá diferir la redacción (lectura) de la sentencia para hacerlo de manera integral en nueva fecha, pero no mayor de ocho días. Dice la norma procesal "cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron su decisión, anunciará el día y la hora para su lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan" (art. 396.2). Claro

está que este supuesto debe evitarse o aplicarse en casos muy excepcionales.

h. El contenido de la sentencia no puede exceder los términos de la acusación, de esa manera se regula el *principio de la correlación* entre la acusación y sentencia: 1) no podrá acreditar hechos o circunstancias distintas a la acusación escrita o complementaria; 2) tampoco podrá modificar la calificación jurídica de la acusación, salvo el juez observe una calificación distinta en la audiencia y se lo haga saber al fiscal e imputado (art. 374.1); y 3) el juez no podrá aplicar pena mas grave que la pedida por el fiscal, salvo, como dice la ley, cuando se solicite una pena por debajo del mínimo legal sin que exista causa de atenuación (art. 398.3). Lo que exige -como se ha dicho- un estudio detenido del Fiscal para efecto de la propuesta de pena y reparación civil, y que además pasa por el control de la acusación en la fase intermedia.

2. LA SENTENCIA ABSOLUTORIA

a. La sentencia absolutoria que prevé el art. 398 de la ley procesal, presenta las mismas características que ya se conocen pero, en cuestiones de fondo, podemos señalar que: 1) destacará la existencia o no del hecho imputado; 2) las razones para concluir que el hecho no constituye delito; 3) la posición negativa del acusado durante el proceso; 4) la ausencia o insuficiencia de medios probatorios sobre su culpabilidad; 5) la existencia de una *duda razonable* sobre su culpabilidad; o la causa que lo exime o atenúa su responsabilidad.

b. La sentencia absolutoria trae como consecuencia determinados efectos procesales y que deben declararse: la libertad del acusado (si estuviera en cárcel), la cesación de cualquier otra medida de coerción, las que se ejecutan aún no quede firme la sentencia (art. 398.3); también la restitución de objetos que fueran afectados, las inscripciones y anulación de antecedentes judiciales y policiales; se fijará las costas.

3. LA SENTENCIA CONDENATORIA

a. La sentencia condenatoria, además de los requisitos formales, deberá destacar, especialmente, la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; la pena efectiva o suspendida o medida de seguridad que se imponga, o las penas alternativas y las reglas de conducta correspondientes. En el caso de las penas o medidas de seguridad se fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, haciéndose el descuento de la detención o prisión preventiva que haya cumplido el condenado. También debe señalarse el plazo para el pago de la multa (art. 399).

b. Lo que si es del caso comentar -y que es novedoso en la nueva ley- es el hecho que para los efectos del cómputo de pena efectiva, se descontará el tiempo de detención, prisión preventiva y de *detención domiciliaria* que hubiese cumplido el acusado antes de la condena, incluso, se introduce el tiempo de carcelería que hubiere sufrido en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición. El legislador ha puesto el acento en todo el tiempo de privación de la libertad que ha sufrido el imputado para efecto del cómputo final de la pena en donde son ejes centrales y únicos la detención policial o judicial y la detención domiciliaria. Si el imputado se encuentra en trámite de extradición y no está privado de su libertad, no procede su cómputo.

c. También es del caso anotar que esta disposición, en lo relativo al cómputo de la detención domiciliaria como pena efectiva, a diferencia de lo que opinan ciertos interesados en el tema, esta disposición debe de esperar su real puesta en vigencia en cada sede judicial, pues resultaría cuestionable su aplicación inmediata en aquellos lugares donde no se aplica el nuevo código, por ausencia de base normativa e incompatibilidad con la legislación vigente.

d. Estamos convencidos que la protección de este derecho a la libertad es importante, pero también lo hubiera sido para amparar otros derechos, como el de la víctima, poniéndose el mismo énfasis

fijando un plazo o criterios perentorios determinados para hacer efectivo el pago de la reparación civil a favor del agraviado.

e. En la misma sentencia se podrán unificar las condenas o penas, según corresponda, o se podrá revocar el beneficio penitenciario.

f. En cuanto a la reparación civil, se ordenará -cuando proceda- la restitución del bien o su valor y la indemnización, las consecuencias accesorias del delito. También se debe disponer la devolución de los objetos secuestrados, cuando proceda, y las costas.

g. Se establece la posibilidad de una detención preventiva del condenado, si el juez estima razonadamente que aquel no se someterá a ejecución de la pena una vez que se encuentre firme. Lo que en la práctica podría ser de reducida aplicación, pues siempre cabe la posibilidad de que la sentencia no sea confirmada y carecería de objeto haber tenido en prisión al condenado.

h. Si en la sentencia se establece responsabilidad de un testigo o de otra persona no comprendida en el proceso o se descubre otro hecho delictivo perseguible por ejercicio público de la acción, se dispondrá la expedición de copias certificadas de lo actuado y su remisión a la Fiscalía Provincial competente.

4. LA IMPUGNACIÓN

Como toda resolución, la sentencia puede ser objeto de impugnación. En tal sentido, el juzgador preguntará al fiscal y los defensores, según corresponda, si interponen recurso de apelación. La parte que se siente afectada por la resolución podrá impugnarla, no siendo necesario que lo fundamente en dicho acto; también podrá reservarse el derecho a hacerlo. El plazo para impugnar la sentencia es de cinco días a partir de la notificación de la resolución (art. 414); y si se ha interpuesto oralmente en la sentencia, se deberá formalizar por escrito en el plazo de cinco días (art. 405.2). El juicio de apelación será materia de estudio en el capítulo sobre medios impugnatorios.

VI. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias dictadas por los jueces tienen que cumplirse y el nuevo código procesal establece normas relativas a la ejecución de la sentencia dictada por el juez unipersonal o colegiado. En este sentido, el órgano jurisdiccional no sólo juzga sino que también hace *ejecutar lo juzgado* y encarga a otros jueces la ejecución de la sentencia condenatoria cuando ésta ha quedado firme.

La ejecución de las sentencias condenatorias compete al Juez de la Investigación Preparatoria, salvo los casos de beneficios penitenciarios que prevé el Código de Ejecución Penal (art. 489). En tal sentido, resolverá las incidencias que formulen las partes durante la ejecución de las sanciones relativas a requerimientos u observaciones sobre la pena, reparación civil y las consecuencias accesorias.

También se otorga facultad de control al Ministerio Público sobre la ejecución de las penas cuando el nuevo código establece que al Fiscal le corresponde "el control de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan" formulando al Juez los requerimientos necesarios para la correcta aplicación de la ley (art. 488.3).

2. CARACTERÍSTICAS IMPORTANTES DE LA EJECUCIÓN PENAL

Además de lo señalado líneas arriba, la ejecución de las penas presenta diferentes situaciones de orden procedimental que pasamos a señalar brevemente:

a. Si el condenado se encuentra en libertad y la pena es privativa de ella, se dispondrá por el juez la respectiva orden de captura.

Producida la detención el Juez de la investigación Preparatoria realizará el cómputo respectivo siguiendo las reglas establecidas para el efecto.

b. El cómputo de la pena es reformable, aún de oficio, si se comprueba un error o se conoce de alguna circunstancia especial.

c. El cómputo de la pena se pondrá en conocimiento del juez penal que impuso la condena y del Instituto Nacional Penitenciario.

d. Todos los incidentes que se formulen sobre la modificación de la pena (conversión, revocación de la conversión de penas, revocación de la condena condicional, y de la reserva del fallo condenatorio, y la extinción o vencimiento de la pena) serán resueltas por el Juez previa audiencia de las partes y en el término de cinco días.

e. Los incidentes que se derivan de la ejecución de la pena previstas por el Código de Ejecución Penal, son de conocimiento del Juez Unipersonal.

f. Los casos de refundición o acumulación de penas son de conocimiento del Juzgado Penal Colegiado.

g. En todos los casos de apelación, los incidentes serán de conocimiento de la Sala Penal Superior (art. 491).

h. También se regula la ejecución de las medidas de seguridad privativa de la libertad, disponiéndose que periódicamente se proceda al examen médico de la persona sujeta a dicha medida, para mantener, sustituir o cancelar la internación. Dicha facultad se concede al Juez Penal (art. 492).

3. LA EJECUCIÓN CIVIL

El nuevo proceso penal no sólo contempla la forma de ejecución de la pena y sus distintas manifestaciones, sino que también ha sido preocupación del legislador regular la forma de materializar las sanciones económicas que se derivan de la sentencia. La ejecución de la reparación civil se dirige por el Juez de la Investigación Preparatoria y se rige por las normas de la legislación procesal civil, con intervención del

Fiscal y del actor civil, lo que resulta natural si se considera que ambos tienen pretensiones civiles que expone, el primero en su acusación y el segundo durante su alegación e intervención procesal (art. 493).

Los bienes sujetos a comiso serán dispuestos por el mismo Juez (art. 494.1); los bienes incautados no sometidos a comiso serán devueltos a quienes se les incautaron, y aquellos que correspondan al condenado podrán ser embargados para el pago de las costas procesales y para asumir la responsabilidad pecuniaria y civil (art. 494.2-3).

Capítulo IV
LA PRUEBA

I. ASPECTOS GENERALES

La prueba es una de las instituciones más trascendentes y de mayor apasionamiento en el proceso judicial, ya que, a través de ella, se busca demostrar la verdad y naturalmente constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador. Siguiendo a CAFFERATA NORES podemos afirmar: "*son las pruebas, no los jueces, los que condenan*"[119], de ahí que la prueba se constituya en una garantía fundamental ante la posible arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Para MITTERMAIER en toda sentencia hay una parte esencial que decide si se ha cometido el delito, si lo ha sido por el acusado, y que circunstancias de hecho vienen a determinar la penalidad, y si ello se resuelve afirmativamente, la segunda parte de la sentencia viene a ser corolario inmediato de la primera; el Juez ya no tiene que hacer sino aplicar la sanción penal al hecho averiguado. "La sentencia que ha de versar sobre la *verdad de los hechos de la acusación*, tiene por base la *prueba*.[120]

La verdad en el proceso penal requiere ser probada, lo que significa que el hecho delictivo cometido debe encontrarse acreditado con prueba en el proceso y corresponderse con la descripción del tipo penal.

---

119 CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 4° edición actualizada y ampliada, ediciones de *Depalma*, Buenos Aires, 1986, p. 6. Asimismo ese autor afirma "la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados [refiriéndose al proceso penal] y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva." En: op. cit. p. 3

120 MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, traducción al castellano de González de Alba, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 4.

En materia penal, la doctrina separa las dos fases más importantes del proceso penal (investigación y juicio oral) lo que permite a su vez, distinguir en los actos propios de la investigación y los que corresponden al juicio. Y sobre ellos se resaltan, en términos de ALMAGRO NOSETE dos mecanismos jurídicos para asegurar tal separación: a) el juicio de acusación, que se reserva a los jueces y permite el juicio oral; y b) el derecho a la presunción de inocencia, que reclama del juez su pleno convencimiento de culpabilidad a través de la prueba para ser destruida. Estos dos conceptos -explica el maestro español- se mueven en planos antitéticos "pues mientras en juicio de acusación pondera la seriedad y, por lo tanto, el fundamento, lo que hace mas formal las sospechas o los indicios que recaen sobre la conducta del acusado, la presunción de inocencia obliga a considerarlo no culpable, en tanto, por medio de las pruebas practicadas en el juicio oral no se llegue a forjar una convicción de culpabilidad."[121]

1. CONCEPTO DE PRUEBA

La verdad se alcanza con la prueba. Esta es entonces la demostración de una afirmación o de la existencia de un hecho o de una cosa. La prueba es una actividad de sentido lógico y de uso común y general; es la forma natural de demostración de la verdad de una afirmación.

Para el maestro peruano MIXÁN MÁSS[122] la prueba debe ser conceptuada *integralmente*, es decir, como una actividad finalista, con resultado y consecuencia jurídicas, que le son inherentes; y que procesalmente, "la prueba consiste en una actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal".

121 ALMAGRO NOSETE, José, *Teoría General de la prueba en el proceso penal*, en La Prueba en el proceso penal, AAVV. Consejo general del poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, p. 19 y ss.

122 MIXÁN MÁSS, F. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996, p. 303.

La prueba en materia judicial constituye una actividad preordenada por la ley, que se encuentra sometida al criterio de la autoridad judicial y mediante la cual se espera descubrir u obtener la verdad de un hecho controvertido. En tal sentido, para VELEZ MARICONDE la prueba es "todo elemento (o dato objetivo) que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva"[123].

Así mismo la actividad probatoria compete a los sujetos procesales. En consecuencia, como enseña ORTELLS RAMOS, la prueba es una actividad procesal de las partes, dirigida por el Juzgador con fin de la formación de su convicción psicológica sobre los datos (fundamentales) de hecho probados, la misma que debe estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos, y también la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción[124].

2. MARCO CONSTITUCIONAL

La actividad probatoria se encuentra regulada por la Constitución Política del Estado y también por las leyes internacionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona. Conforme a la presunción de inocencia, se debe respetar la consideración de no autor o no partícipe de un delito mientras no se halla declarado judicialmente su responsabilidad (Art. 2° inc. 24, ap. e). También se prohíbe la violencia moral o de tratos inhumanos o humillantes; y la afirmación de la carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia. El Art. 2° inc. 24 ap. h) de nuestro texto constitucional es muy claro:

> "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillan-

123 VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit. p. 341.

124 ORTELLS RAMOS. M., *Derecho Jurisdiccional*, T. III. con MONTERO AROCA, cit. p. 322.

> tes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

En los Pactos y Convenios Internacionales existe mención expresa a los derechos fundamentales y la actividad probatoria:

> "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley" (Art. 14.2 Pacto de Nueva York; 8.2 Pacto de San José). "Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (Art. 14.3 g Pacto de Nueva York; 8.2 g Pacto de San José). "La confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza" (Art. 8.3 Pacto de San José).

El Código Procesal Penal, a diferencia de la regulación anterior, consagra en su titulo preliminar que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (Art. VIII. 2), lo que permite contar con una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria.

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Los Principios Fundamentales sobre la prueba son del más alto rango constitucional pues tienen sustento en la Constitución y los Tratados Internacionales y se reproducen en las leyes ordinarias. Las normas constitucionales en materia probatoria se interpretan en relación directa a las normas internacionales que tienen plena vigencia en nuestro sistema jurídico. Por ello pueden ser alegadas y aplicadas en los procesos penales.

La actividad probatoria en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación y valoración en el proceso penal. Dentro de los principios más importantes en materia de prueba podemos citar los siguientes:

a. *Legitimidad de la prueba.*- Se refiere a que la obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse de conformidad con lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico. El Art. VIII del Titulo Preliminar del CPP 2004 acoge este principio al prescribir que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legitimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; asimismo, establece que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

b. *La libertad de la prueba.*- Es uno de los principios mas invocados en materia probatoria. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de que *todo se puede probar y por cualquier medio*[125], salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución y el respeto a los derechos de la persona que se consagran. En tal sentido, el fiscal y los defensores están en las condiciones de pedir u ofrecer la actuaciones de pruebas que favorezcan sus pretensiones; por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita o para descartarla; para establecer el grado de responsabilidad del imputado, o de su eximente; de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta; o la naturaleza del perjuicio o daños causado; para desvirtuar las pruebas ofrecidas por la parte contraria, etc. El código procesal penal establece que "las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás suje-

125 VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit. p. 198.

tos procesales" (Art. 155.2), asimismo establece que "Los hechos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse, siempre que no vulneren derechos y garantías".

También se posibilita la limitación de la prueba por el Juez cuando aquella resulte manifiestamente excesiva. Así pues, el juez sólo podrá excluir las pruebas que "no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución" (Art. 155.2).

c. *La inmediación.-* Este principio significa el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por el juez con intervención de los sujetos procesales. El conocimiento directo de la prueba (objeto u órgano) es fundamental en el proceso penal y en tal sentido la *oralidad* juega un rol también importante, así como la *concentración* lo que se evidencia en el examen del imputado, del testigo, de la víctima así como de los objetos materiales del delito. La inmediación, la oralidad y concentración de la actividad probatoria dinamizan el nuevo proceso penal, lo hacen más ágil y permiten mayor seguridad al juzgador.

d. *La publicidad del debate.-* La publicidad como principio rige el juicio oral y en tal sentido, comprende la actuación de la prueba con la posibilidad de que la colectividad pueda conocer de su actuación y debate así como la forma en que es valorada en la sentencia por los magistrados. La prueba se analiza y se discute en el juicio de manera pública, salvo los casos exceptuados por la propia ley empero, siempre será pública cuando se trate del juzgamiento de un funcionario público.

e. *La pertinencia de la prueba.-* Las pruebas que se soliciten o se ofrezcan o se actúen en el proceso penal deben guardar pertinencia con los fines del proceso y en especial, con lo que es objeto de prueba. En tal sentido, el juez no admitirá las pruebas que sean impertinentes o como establece la ley "podrá excluir las que no sean pertinentes". Las pruebas deben de conducir a establecer la verdad sobre los hechos investigados.

f. *La comunidad de la prueba.*- El esclarecimiento de la verdad en el proceso penal exige que todos los elementos de prueba existentes en la causa penal, sin atender a que sujeto procesal los propuso u ofreció, debe ser de conocimiento común de todos los sujetos procesales[126]. Ello significa que las pruebas ofrecidas por la defensa del procesado o del Fiscal, no son de conocimiento exclusivo de la autoridad jurisdiccional, sino que también de aquella que no los ha ofrecido.

De esta manera se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal: las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo, tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso; de tal manera que una parte carece de facultad para evitar que la contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba. De este principio se deriva el de la *unidad de la prueba*, pues la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aún cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre prueba repercute en la otra parte.

g. *Actuación de prueba de oficio como caso excepcional.*- En rigor la actividad probatoria la realizan el fiscal y las partes intervinientes en el proceso. El juez analiza las pruebas para tomar decisiones y se admite, por excepción, pruebas de oficio, es decir, dispuestas por la autoridad juzgadora. El Art. 155.3 establece que "la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio". Ciertamente, en un modelo procesal penal de corte acusatorio no es de admitirse una actuación jurisdiccional de oficio, pues, se deja a las partes, la intervención, ofrecimiento y debate sobre la prueba, sin embargo, nuestro legislador ha considerado que en determinados casos -debe ser muy excepcional- con fines de esclarecimiento debido, podrá actuarlas. Esta facultad puede ser considerada como un rezago del sistema anterior.

126 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. I, 4ª edición, Medellín, Colombia, 1993, p. 118.

4. CONCEPTOS PREVIOS: MEDIO, FUENTE Y ÓRGANO DE PRUEBA

En doctrina, no existe un criterio uniforme al momento de definir los conceptos básicos en materia probatoria y, a pesar que el Nuevo Código Procesal Penal importa una mejora sustancial en cuanto a la teoría de la prueba penal, no define que debemos entender por fuente, medio y órgano de prueba. Comúnmente estos tres términos suelen confundirse y utilizarse como sinónimos.

SENTIS MELENDO citando al maestro italiano CARNELUTTI afirma que: "la *fuente de prueba* es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad, el *medio de prueba* lo constituye la actividad del Juez desarrollada en el proceso[127]." Medio probatorio es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso; por otro lado, las fuentes son elementos que existen en la realidad, independientemente de la existencia del proceso.

Los *medios de prueba* son aquellas actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad de los hechos que investiga, la existencia de los medios probatorios se encuentran condicionadas a la del proceso. Por su lado, las *fuentes de prueba* están fuera del proceso, son extraprocesales. Por ejemplo tenemos como medios de prueba: la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales; como fuentes de prueba, esta el testimonio en sí mismo, el documento (audio, video, fotografía, etc.).

Órgano de prueba es la persona a través de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba; es la persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga, que aporta un elemento de prueba. Puede decirse que el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el Juez. El imputado, el agraviado, el testigo son órganos de prueba.

127 CARNELUTTI, citado por SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones jurídicas Europa – America, Buenos Aires, 1979, p. 147.

5. OBJETO DE PRUEBA

La noción del objeto de prueba responde a las siguientes preguntas ¿Qué puede probarse en el proceso penal? ¿Cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba?[128], en tal sentido, el objeto de prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso.

En el proceso penal el legislador ha definido lo que es objeto de prueba en los siguientes términos: "Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito." (Art. 156.1) De esta manera amplia lo que es objeto de prueba a ámbitos necesarios en el proceso penal e incluso a aquellas reglas referidas a la responsabilidad civil.

Sin embargo, la ley -siguiendo a la doctrina- establece excepciones a lo que es objeto de prueba, es decir, que no resultan necesaria su probanza. Estos son las llamadas máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica vigente, la cosa juzgada, lo imposible y los hechos notorios. Veamos brevemente cada una de ellas:

a. *Las máximas de la experiencia.*- Son aquellos casos que se originan de la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Es la experiencia que se acumula en atención al conocimiento de determinados hechos constantes y aceptados por la colectividad. Por ejemplo, nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares distintos; existen determinadas enfermedades que por su naturaleza son contagiosas.

b. *Las leyes naturales.*- Son aquellas leyes que por la rigurosidad de su método, se encuentran debidamente acreditadas por la ciencia: la ley de la gravedad; la ley de la velocidad de la luz, etc.

128 FLORIÁN, Eugenio. *De la pruebas penales*. Tomo I, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 95.

c. *La norma jurídica interna vigente.*- Son aquellas que deben ser conocidas por las autoridades judiciales en razón del ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, no deben ser objeto de prueba. Ello no impide que la defensa, a efecto de presentar mejor sus pretensiones o posiciones jurídicas, haga conocer de la creación o modificación de las leyes a las autoridades judiciales, pero sin la calidad de medio probatorio.

d. *La cosa juzgada.*- Un hecho que ha sido judicialmente resuelto y que se encuentra en estado de cosa juzgada no amerita ser probado, lo que no obsta para que sea invocada ante la autoridad judicial o se señale el lugar donde dicho proceso ya se encuentra archivado.

e. *Lo imposible.*- Lo imposible es aquello que no se puede probar por su inexistencia, por contravenir alguna regla de la experiencia o por que existe alguna prohibición legal. Ej. Pretender probar la muerte de una persona que no se encuentra registrada como viva; citar como testigo a una persona que ya ha fallecido; u ofrecer como testigo al Juez que conoce de la misma causa[129].

f. *Lo notorio.*- Los hechos notorios son aquellos que por su saber colectivo, directo e indirecto, no merecen cuestionamiento sobre su veracidad. No todos los hechos son notorios sino aquellos que originan un conocimiento general y permanente y dotados de cierto interés también general (un siniestro, un terremoto, huelga de grandes proporciones, duelo judicial, un personaje importante en la vida jurídica o política o artística, etc.). La notoriedad apuntaba STEIN es la peculiaridad de un hecho[130].

129 MIXÁN MÁSS, señala otros ejemplos: pretender demostrar que el imputado ha cometido delito por instigación del "diablo"; tratar de probar que el delincuente empleó su poder mental para sacar momentáneamente el río Amazonas y pasar a la otra ribera; perpetrar el delito y luego retornar al punto de partida o que el agraviado sin auxilio de ningún medio técnico percibió desde una distancia de 4 kilómetros la conversación del imputado cuando éste preparaba la comisión del delito; en Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal, cit. p. 362-363.

130 STEIN, F. *El conocimiento privado del Juez*, cit. p. 170

Con respecto al objeto de prueba, el Nuevo Código Procesal Penal incorpora la institución de las convenciones probatorias (Art.156.3) en virtud de la cual, las partes podrán determinar que circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio.

6. EXCEPCIONES A LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN JUICIO ORAL

La regla general de que la prueba en el proceso penal, sólo es la practicada en el Juicio Oral, no importa que haya que negar eficacia probatoria a las diligencias que se realizan en las etapas previas, diligencias que por su naturaleza son de imposible o difícil reproducción en el estado correspondiente del Juicio Oral.

La doctrina reconoce dos excepciones, la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

6.1. La prueba anticipada

a. *Concepto.*- Consiste en la actuación de la prueba con anterioridad al juicio oral por la imposibilidad justificada de su realización en dicho estadio procedimental, con la finalidad de asegurar su valoración con las demás pruebas.

Para ORTELLS RAMOS[131] que se trata de "la practica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal practica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma".

Los presupuestos de la prueba anticipada lo constituyen la irrepetibilidad y la previsibilidad del medio probatorio. El primero es más importante y comprende los actos que por su naturaleza son

131 ORTELLS RAMOS, Manuel, con MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T. III. Proceso Penal, cit. p. 273.

reproducibles en el juicio pero no repetibles por la existencia de determinadas circunstancias de riesgo, es la irrepetibilidad material (posibilidad de muerte o incapacidad física o intelectual del testigo)[132]. El nuevo código procesal penal regula su trámite en los artículos 242 a 246.

b. Características

1. La imposibilidad o dificultad de actuación de la prueba en el juicio oral. Lo que decide la práctica de la prueba anticipada es, precisamente, la imposibilidad o los riesgos que existen para que la prueba se realice en el juicio. Por consiguiente, la necesidad de anticipar la prueba debe ser plenamente justificada.
2. La decisión jurisdiccional sobre la actuación anticipada. La práctica anticipada de la prueba ha de ser decidida por el Juez de la Investigación Preparatoria a pedido de las partes, lo que significa la exposición de los fundamentos que la sustentan.
3. La realización de la prueba ante el órgano jurisdiccional. La prueba anticipada se realiza, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, pero bajo la dirección del órgano jurisdiccional y con observancia a las garantías procesales. Se puede realizar en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia (art.242.2).
4. La formalidad procedimental. En la realización de la prueba anticipada se deben de observar las normas regulares de procedimiento sobre la prueba actuada en el juicio oral, así como las específicas que se prevean para esta diligencia.
5. La intervención de las partes. Los demás sujetos procesales deben ser notificados por el órgano jurisdiccional para intervenir en la diligencia y ejercer los derechos que establece la ley procesal.

132 ASENCIO MELLADO, José, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit. p. 172.

c. *Supuestos de prueba anticipada.*- El art. 242.1 del código procesal penal establece los casos de la práctica de la prueba anticipada.

1. En el caso de testigos y peritos, cuando requieran ser examinados con urgencia ante la existencia de un motivo fundado en enfermedad u otro grave impedimento; o por haber sido expuestos a la violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. Se considera además la posibilidad del debate pericial.
2. El careo bajo los mimos supuestos señalados anteriormente.
3. Los reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta el juicio oral.

d. *Requisitos y trámite de la prueba anticipada (arts. 243 -245)*

1. Se solicita al juez de la investigación preparatoria hasta antes de remitir la causa al juzgado penal, siempre que exista el tiempo suficiente para realizar la diligencia.
2. Se deberá precisar la prueba a actuar, los hechos que son su objeto y las razones de su importancia para la decisión judicial, es decir, la trascendencia para la sentencia. Se debe de indicar el nombre de las personas a intervenir en la diligencia.
3. Se deberá señalar los sujetos procesales constituidos y su domicilio procesal.
4. El fiscal asiste obligatoriamente a la audiencia y debe de exhibir la carpeta fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.
5. El juez corre traslado por 2 días a las partes para que presenten sus consideraciones.
6. El fiscal puede pedir el aplazamiento de la diligencia cuando pueda perjudicar la realización de otras diligencias de la investigación preparatoria. Fundamentará e indicará el término del aplazamiento.

7. En ambos casos, el juez resolverá en 2 días. En casos urgentes, el plazo podrá abreviarse, incluso, a pedido del fiscal podrá actuarse la diligencia de inmediato, sin traslado alguno.
8. La resolución que disponga la prueba anticipada indicará el objeto de prueba, las personas interesadas, la fecha de la audiencia -salvo los casos de urgencia- la que no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se cita a todos los sujetos procesales.
9. Si se trata de la actuación de varias pruebas se realizarán en una sola audiencia, salvo que sea manifiestamente imposible.
10. La audiencia se realiza en acto público, con presencia obligatoria del fiscal y del defensor del imputado. Si este no concurre, se designará defensor de oficio, empero se podrá aplazar la audiencia dentro del quinto día siguiente.
11. Las pruebas se practican con las formalidades del juicio oral.
12. Se realiza la prueba en la misma audiencia, pero puede continuar al día siguiente hábil.
13. El acta, los objetos y documentos agregados serán remitidos al fiscal para su evaluación y empleo. Las partes pueden conocer del mismo y obtener copia.
14. Las resoluciones judiciales que ordena la prueba anticipada, que la deniega, que dispone su aplazamiento o su realización de urgencia, pueden ser impugnadas (art. 246).

6.2. La prueba preconstituida

La llamada *prueba preconstituida*[133] aparece -al igual que la prueba anticipada- como otra institución procesal por la cual se exceptúa la práctica de la prueba en el juicio oral porque ésta es irreproducible, dada la existencia de circunstancias especiales de su obtención y atendiendo a la necesidad propia de la investigación preliminar, pero con observancia a los principios de inmediación y contradicción.

133 ASENCIO MELLADO, J. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, citado, véase p. 160 y ss.

La prueba preconstituida es aquella que se obtienen como consecuencia de los actos investigatorios, sobre todo de las investigaciones iniciales, y sólo podrán convertirse en actos de prueba si se reproducen en el juicio oral y se someten al contradictorio[134].

Pueden considerarse prueba preconstituida las diligencias propias de la investigación policial: las actas de incautación, de hallazgo; las pericias oficiales practicadas con el carácter de inicial, se incluye por ejemplo, la pericia médico legal, la necropsia, el levantamiento del cadáver, el reconocimiento personal directo o fotográfico, la prueba de alcoholemia, el llamado dosaje etílico, el recojo de armas, objetos o examen de huellas o muestras de sangre o sustancias encontradas en la escena del delito, inspección policial, el registro domiciliario, etc.

La prueba preconstituida -al igual que la prueba anticipada- ingresa al juicio a través de la oralización de la prueba documental para efecto de posibilitar su examen con todas las garantías.

7. LA PRUEBA PROHIBIDA

La prueba para que sea válidamente incorporada y valorada en el proceso penal debe ser lícita, obtenida de acuerdo con la Constitución y las leyes y merecedora del valor que la autoridad jurisdiccional le asigne y de allí que bajo el marco del rigor constitucional, se repute de válida en cualquier ordenamiento jurídico, ya que partimos de la idea básica que la finalidad del proceso penal, conformada por búsqueda de la verdad, no es un fin absoluto, sino que posee un limite: el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

En la doctrina no es uniforme la definición de prueba prohibida. Se suelen plantear diferencias entre prueba prohibida, prueba ilícita, prueba

134 HERNANDEZ GIL, Francisco. *La prueba preconstituida*, en La prueba en el proceso penal, AAVV. Centro de Estudios Judiciales, Nº 12, Madrid, 1993, p.79. Señala el autor que "entendida la prueba preconstituida como el medio o fuente de prueba preexistente al proceso, o como la prueba que se prepara con anterioridad y fuera del proceso, el concepto no es de fácil aplicación al proceso penal, en el que no rigen los mismos principios que en el proceso civil."

irregular, dependiendo del tipo de derecho afectado y el grado de vulneración al derecho, entre otros criterios. Sin embargo la idea central de la definición de la prueba prohibida, de conformidad con el Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, es aquella que se obtiene con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente y la sanción que establece el mismo código es su ineficacia, es decir, carecen de efecto legal. Además el artículo 157 establece que "no pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneas para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos". Están prohibidos entonces los maltratos, el narcoanálisis o suero de la verdad, la hipnosis, el detector de mentiras. En el mismo sentido, se prescribe que el juez "no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (Art. 159).

Sin embargo, tal como se encuentra redactado el NCPP, nos crea dos grandes interrogantes ¿Cuándo estamos frente a la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales?, y ¿Existe alguna excepción a la valoración de la prueba ilícitamente obtenida?

En cuanto a la primera interrogante, el término, *contenido esencial de los derechos fundamentales* es un concepto impreciso, que no puede establecerse de modo general, de manera tal que debe ser determinado en relación a cada derecho fundamental[135]

Con referencia al segundo punto, en principio debemos distinguir entre obtención e incorporación de la prueba, vinculándolo con las diferencias que existen entre fuente y medio de prueba. La obtención de fuentes de prueba se asocia con la labor investigadora, fiscal o policial, previa e independiente al inicio del proceso, mientras que la incorporación del medio de prueba se encuentra relacionada con el proceso penal en sí mismo. Cuando existe alguna vulneración a una norma de carácter constitucional, en la obtención de la fuente de prueba, tiene como efec-

135 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Limites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales*. Themis, Tomo II, Lima, 1992, p. 10.

to general, la prohibición de su valoración, mientras que en el segundo caso, cuando se produce una violación a una norma de carácter procesal en la incorporación de determinado medio probatorio, esta prueba puede ser valorada, siempre y cuando el defecto sea subsanado, de lo contrario, tendrá el mismo efecto que en el primer caso; estamos ante el supuesto de la prueba irregular o defectuosa.

La regla general en materia de prueba prohibida es su exclusión tanto de la prueba directa (ej. cuando una confesión se obtiene mediante torturas) como de la prueba derivada (ej. cuando producto de una intervención telefónica se logra incautar droga), la primera a través de la reglas de exclusión y en el segundo caso, por medio de la teoría del fruto del árbol envenenado. El fundamento para la prohibición de la prueba derivada es que, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. "De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, sino además todas aquellas otras evidencias que son "fruto" de la ilegalidad originaria".[136]

La doctrina jurisprudencial estadounidense en el caso *Weeks vs. U.S,* en 1914 introdujo contundentemente la denominada *exclusionary rule* o reglas de exclusión, según la cual la evidencia obtenida, en violación a la Constitución Política de los Estados Unidos, es inadmisible ante el Tribunal en un proceso criminal. Dicha regla se configuró con el fin de desincentivar la obtención prueba en contravención con la cuarta y quinta enmienda de la *Bill of Rights* (protección en relación a las pesquisas y aprehensiones poco razonables y el derecho de la no autoincriminación).Además, una prueba obtenida ilegalmente y utilizada dentro de un proceso judicial para sustentar una sentencia de culpabilidad, resulta lesivo al principio del debido proceso.

Sin embargo esta regla, de carácter absoluto en un inicio, fue perdiendo fuerza y fue objeto de fuertes cuestionamientos en torno al favo-

136 CARRIO, A., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, citado, p. 163-164.

recimiento de la impunidad de los delitos, al considerarse que entorpece la acción de la justicia cuando se declara inadmisible algunas pruebas que son determinantes en la responsabilidad de los agentes y la misma jurisprudencia norteamericana se encargó de instaurar las llamadas *excepciones a las reglas de exclusión*. A continuación nos referiremos brevemente a las más importantes.

Para el caso de la prueba directa:

a) *La doctrina de la ponderación de intereses.* Desarrollada fuertemente por el derecho europeo continental; sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida esta supeditada a la relación de importancia o gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional); las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El *balancing test es la adaptación* estadounidense de la tal excepción. Esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad".

Esta *excepción a la regla de exclusión* aparece como una de las más aceptadas en la jurisprudencia extranjera y nacional pues se ubica en una posición intermedia que propugna resolver la problemática de la prueba ponderando los intereses en conflicto. Así pues, conforme a esta teoría existe un interés público en descubrir la verdad de los hechos que se investigan bajo el principio de la tutela judicial, y en la que se reconoce el derecho de las partes a la prueba. Entonces, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor jerarquía deben ser admitidas en el proceso, pero sin perjuicio de la investigación y sanción civil o penal que pudieran corresponder. En este sentido, la coacción o amenaza empleada contra una persona investigada por delito de secuestro, resulta de inferior valor respecto a la vida del secuestrado que se logró salvar por confesión de aquél; o la intervención telefónica sin mandato judicial, pero que permite ubicar a unos niños rehenes; lo que hace sopesar el bien jurídico "intimidad" de uno de los personajes en la comunicación, con el bien "vida" que se logra salvar, determinándose una posición favorable para el segundo caso.

Sin embargo se ha criticado a esta posición porque parte del error de considerar la existencia de un relativo derecho a la prueba des-

de la Constitución, cuando ésta consagra la prueba legal, lícita en obtención y practica; además, cuesta mucho aceptar una ponderación de intereses luego de realizada la conducta ilícita.

b) *La Doctrina de la buena fe.*- Admite la posibilidad de valorar prueba ilícitamente obtenida, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia. (Caso León vs. U.S 1984,) ejemplo, cuando la policía escucha gritos de dolor al interior de un domicilio y al ingresar, pensando salvar a una persona, encuentra a unos sujetos consumiendo drogas con menores de edad.

c) *Efecto de la prueba ilícita para terceros.*- Las pruebas obtenidas directamente mediante violación de derechos constitucionales, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a imputados no afectados por la violación del derecho fundamental, pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho constitucional y la condena.

d) *Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado.* Admite la posibilidad de valorar prueba ilícita que pueda ser utilizada a favor del imputado. Esta es la única excepción expresa a las reglas de exclusión que se encuentra regulada en el NCPP, en el artículo VIII.3. "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio"

e) *Doctrina de la destrucción de la mentira del imputado.* Admite la validez de la prueba solo para descalificar la declaración del imputado (a fin de confrontarlo) atacando su credibilidad, pero nunca para acreditar su culpabilidad, por eso no seria propiamente una *excepción a las reglas de exclusión* (Caso Walder vs. US de 1954)

En el caso de la prueba derivada:

a) *Teoría de la fuente independiente:* Se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que se pueda llegar a la fuente de prueba

por medios probatorios legales, por ejemplo, el imputado confiesa, bajo torturas, el lugar donde se encuentra el secuestrado, sin embargo podríamos haber dado con el paradero de la victima mediante la declaración de un testigo.

b) *Teoría del hallazgo inevitable.* Esta teoría se desprende de la primera, -teoría de la fuente independiente-, y se aplica cuando las consecuencias del acto ilícito (confesión, bajo torturas al imputado, del lugar donde se guardaba la droga), se hubieran obtenido indefectiblemente (existía una exhaustiva investigación en curso).

c) *Teoría del nexo causal atenuado.* Las acciones posteriores a la prueba ilícita, van perdiendo relación con aquella, la proyección del vicio inicial se va atenuando, hasta que se llega a diluir por completo.

Estas *excepciones a la reglas de exclusión* a las cuales hemos hecho referencia, constituyen una opción política por parte de los Tribunales de Justicia - cuyo fundamento es la eficiencia del sistema penal, evitar la impunidad - las cuales se van adecuando y desarrollando conforme va evolucionado los criterios sociales. Siempre deben ser tomadas como *excepciones,* sin olvidar que en la noción de prueba, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental del presunción de inocencia.

8. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y LOS ACTOS DE PRUEBA. DIFERENCIAS

La doctrina permite la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, para separar las etapas y a las autoridades judiciales relacionadas con la actividad probatoria en el proceso penal. Su naturaleza, fines y alcances son distintos; al Fiscal le compete asumir los actos de investigación en la fase preliminar y preparatoria; al juez los actos de prueba en el juicio oral.

Siguiendo a ORTELLS RAMOS para tratar de las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba[137], podemos afirmar lo siguiente:

137 ORTELLS RAMOS, Manuel. con MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional.* T. III, cit. p. 151.

a. El acto de investigación forma parte de la investigación judicial y sirve a sus funciones, mientras el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de éste.

b. La eficacia de los actos de investigación permiten proveer el fundamento necesario para que el juez dicte resoluciones sobre medidas cautelares, peticiones, incidentes, archivo o apertura del juicio oral. La eficacia de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia.

c. Otra diferencia se centra en la calidad de las resoluciones judiciales que se fundan en los actos de investigación y en los actos de prueba. Las proferidas respecto a las medidas cautelares o la de apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento) no precisan que la situación definitiva del procesado, sino es suficiente un juicio de mera probabilidad al respecto. Los actos de prueba determinan la sentencia; y sólo la plena convicción sobre la responsabilidad penal permite una resolución condenatoria, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a una absolución.

d. En los actos de prueba deben respetarse escrupulosamente los principios de inmediación y contradicción, los cuales adquieren mayor intensidad. En los actos de investigación, la intensidad de estos principios disminuye.

En definitiva, se trata pues de dos clases de actos de naturaleza fiscal y judicial para alcanzar el debido esclarecimiento de los hechos; ambos realizados en dos momentos distintos, cuyo grado de convicción son separados. Esto significa que, por regla general, los actos de investigación no puedan tener eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral. La prueba entonces ha de practicarse en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad, principalmente.

Entonces, conforme a la nueva legislación vigente, *los actos de investigación preliminar* son aquellos practicados por la Fiscalía o por la Policía o ésta por orden de aquellas, que tienen por finalidad investigar la existencia de elementos fácticos sobre un hecho denunciado como delito y de la persona denunciada o imputada del mismo, donde si bien

puede resultar que dicha investigación es satisfactoria y hasta suficiente en sus objetivos para aquellos, sólo van a posibilitar continuar con la *investigación preparatoria* por el mismo fiscal. Tanto la preliminar como la preparatoria son investigaciones con características propias: son formales, útiles para la toma de decisiones sobre medidas cautelares, ampliación por otros delitos u a otras personas, para que las partes tomen conocimiento de lo que sucede en la investigación, las diligencias son taxativas, pues solo se practican las que se encuentran reguladas en la ley, son de naturaleza reservada, lo que exige de los sujetos procesales a guardar la reserva de lo que acontece en la diligencia, etc.

En cambio, *los actos de prueba* se materializan en el juicio oral, en la que los argumentos de imputación que significa la acusación fiscal van a ser sometidos a la contra-argumentación de la defensa, pero además, todos los elementos de prueba se van a actuar para la respectiva valoración por el órgano jurisdiccional y la expedición de la sentencia.

II. MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

1. LA CONFESIÓN JUDICIAL

Una de las instituciones que mayor relevancia en el proceso penal en los últimos años lo constituye la Confesión. Esta se produce durante la fase de investigación (preliminar o preparatoria) y de juzgamiento, incluso en los mecanismos de culminación anticipada del proceso (terminación anticipada y conformidad). La confesión en el proceso penal es el acto procesal por el cual el imputado presta una declaración personal, ante la autoridad judicial, sea en la investigación o en el juzgamiento, de manera libre, consciente, espontánea y verosímil sobre su participación como autor o cómplice, en el hecho delictivo que se investiga.

Como quiera que se trata de una manifestación voluntaria del imputado de dar a conocer al Juez que cometió un delito sin que se exija mayor rigurosidad es necesaria su posterior verificación con otros me-

dios de prueba. Sin embargo, se acepta también la *retractación* de la confesión, es decir, volver a declarar para negar lo confesado anteriormente, ello hace que no se estime como medio de prueba.

El nuevo código procesal penal lo regula expresamente en los artículos 160 y 161 resaltándose la presencia de dos formas de confesión: 1) la confesión en el sentido de aceptación de cargos, es decir, consiste "en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra" (art. 160); y 2) la confesión sincera, cuando "adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso ..." (art. 161).

La confesión exige determinados presupuestos[138] a fin de ser considerados en la valoración de la prueba referidos al sujeto, objeto o contenido y a la forma. En tal sentido, el art. 160 establece que la confesión sólo tendrá valor probatorio cuando:

a. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción.
b. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas.
c. Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado.

Conforme a lo dispuesto en el art. 161 de la ley procesal, el legislador ha querido privilegiar a la confesión sincera, es decir, aquella que se practica de manera voluntaria, ante la autoridad fiscal o judicial, con muestra de arrepentimiento y con la posibilidad de alcanzar una indulgencia del juzgador permitiendo la disminución de la sanción penal, pues en estos casos, "el Juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal."

138 Ya MITTERMAIER señalaba otros presupuestos como: la verosimilitud; credibilidad; precisión; persistencia y uniformidad; Tratado de la prueba en materia criminal, citado, p. 271 y ss.

1.1. Características

De lo expuesto en la ley y de los alcances que da la doctrina podemos señalar las siguientes características:

a. Se trata de un acto procesal personal e intransferible. La confesión la hace el imputado y no a través su defensor o tercera persona. Tampoco tiene validez un documento notarial ni carta, audio o video en donde se exprese la declaración del delito.

b. Se presta ante la autoridad judicial competente, es decir, ante el Juez en la etapa del juzgamiento o ante el fiscal en fase de investigación, en presencia de su abogado defensor. La declaración sobre la realización de un delito ante la autoridad policial, sin contar con la presencia del fiscal y del defensor del imputado, no constituye, en sentido estrictamente jurídico procesal, una confesión.

c. La confesión puede prestarse en cualquier momento del proceso penal, incluso hasta antes de leerse la sentencia, pero debe anotarse, que la prontitud y espontaneidad de la confesión puede significar la posibilidad de reducción de la sanción penal por el juzgador. También es posible la confesión del delito con ocasión de aceptarse la conclusión anticipada del proceso, en cuyo caso, el acusado podrá confesar ante el órgano jurisdiccional la comisión del delito y aceptar los términos de la acusación fiscal.

d. La confesión debe ser declarada por el imputado de manera libre, es decir, por decisión personal exclusiva, sin ninguna forma de coacción o promesa. La declaración recibida bajo algún tipo de amenaza, presión tortura o promesa no constituye confesión ni puede ser considerada como medio probatorio (art. 2° inc. 24, h) de la Constitución).

e. Debe ser consciente, que va ligada a la libertad de declaración. Ello significa que el imputado debe darse cuenta del reconocimiento de su autoría o participación en el delito; debe tener la capacidad de reflexión sobre su actuar, sobre los móviles y consecuencias. De allí que se exija que se preste "en estado normal de las facultades psíquicas" (art. 160.2.c)

f. La confesión debe ser espontánea, es decir, expresada con naturalidad, con iniciativa propia del imputado; en la forma común de expresarse y sin mediar alguna forma de motivación, salvo la de declarar el delito incurrido de manera personal. La espontaneidad debe presidir la declaración; debe permitirse al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para explicar los hechos incriminados[139].

g. Además, debe exigirse no sólo que se admita su autoría o participación, sino también proporcionar la motivación, los detalles del mismo, o la forma en que se realizó el delito, antes, durante y después de su perpetración.

h. La confesión debe ser cierta, verosímil, es decir, susceptible de credibilidad, de consideración racional. La declaración debe presentar las características de ser posible con arreglo a la experiencia o a las condiciones del imputado o las circunstancias de los hechos o al desarrollo lógico de las cosas.

i. La confesión debe ser corroborada con otros medios probatorios. En este sentido, la sola autoinculpación sin existir prueba que lo reafirme, resulta insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria[140].

1.2. Confesión sincera y espontanea

La doctrina y la legislación comparada reconoce en la confesión como una institución procesal que permite premiar al imputado por confesar su delito, no sólo porque reconduce y centra la investigación en la verificación de los datos que proporciona, sino porque además, significa una actitud de arrepentimiento del imputado por el delito cometido, que debe ser apreciado por el juzgador. A diferencia de la legislación procesal anterior que posibilitaba la reducción a *límites inferiores* al mínimo conminado en la ley penal, el nuevo código pone un límite a la reducción de la pena por confesión sincera, la misma que puede ser

139 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*, citado, p. 203.

140 Ej. Suprema de 11 de abril de 1988, II S.P. Exp. N° 840-87, Lima.

"hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal" (art. 161). En tal sentido, si el extremo mínimo de la pena para el delito es de seis años y se produjera la confesión sincera, el juez podrá reducir la sanción hasta dos años de dicha pena quedando en cuatro.

Sin embargo, hay que precisar que la reducción de pena por confesión no se debe producir si el imputado fue intervenido en flagrante delito o existe suficiencia probatoria, pues tales circunstancias hacen irrelevante la confesión.

1.3. La retractación de la confesión

El imputado puede confesar ser autor o partícipe de un delito, siguiendo todas las formalidades de la ley, pero también puede, posteriormente, retractarse de su dicho y expresar en su posterior declaración que es inocente o que tuvo distinta participación en el hecho punible.

Corresponderá al Juez valorar el sentido de tales declaraciones a la luz de las pruebas existentes en el proceso penal, aunque desde ya es demostrativo de un elemento propio de la personalidad del imputado. Confesión o no, su declaración debe ser objeto de comprobación en el proceso, principalmente en la fase de actuación de pruebas, es decir, en el juicio oral.

2. PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial constituye uno de los medios probatorios de suma importancia y de mayor empleo en el proceso penal. La naturaleza del delito o las circunstancias en que ocurrió, muchas veces no permiten encontrar suficientes elementos probatorios, por lo que se acude generalmente a la búsqueda de elementos indiciarios aportados por el procesado, si se encuentra presente en el proceso, empero, si no fuera así, la declaración de las personas que presenciaron los hechos o de las víctimas del delito, resultan de trascendental importancia, pues de su contenido, igualmente, se podrán obtener los elementos de prueba que se requieren en el proceso para alcanzar sus objetivos.

En la actualidad, la prueba testimonial constituye una de las pruebas de mayor recurrencia en el proceso y, por cierto, la base probatoria que puede decidir un caso penal. Para RAMOS MÉNDEZ[141] uno de los elementos típicos de la investigación en el proceso penal es recurrir a las declaraciones de las personas que en una u otra forma puedan tener conocimiento de los hechos o puedan aportar datos de utilidad para la instrucción de la causa.

La prueba testimonial significa la puesta en conocimiento ante la autoridad fiscal o jurisdiccional de los hechos o circunstancias relacionadas con el delito, o la información que guarde relación con el presunto autor, o con los medios utilizados o los efectos del delito.

La declaración del testigo debe recibirse con cautela y bajo criterios relativos al objeto de prueba y de quien lo propone; debe ser verificada y analizada; se exige que sea fidedigna, con coherencia, objetiva y con ausencia de subjetividad. Debe recibirse lo más pronto posible a fin de evitar el olvido de los detalles o circunstancias del delito por parte del testigo.

2.1. El testimonio

El *testimonio*, en sentido amplio, aparece como una manifestación humana de un conocimiento pretérito y el término se emplea para dar razón de un hecho percibido a través de los sentidos. Puede ser histórico, político, científico, religioso, social o judicial[142]. Este último es el que nos interesa por cuanto es aquel que se presta ante un órgano judicial con fines probatorios.

El testimonio judicial es la declaración que una persona llamada testigo hace ante la autoridad judicial respecto de un hecho que ha tenido conocimiento. El testimonio permite informar al Juez sobre determinados hechos que desconoce.

141 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Lectura Constitucional, Barcelona, 1993, cit. p. 204.

142 RODRÍGUEZ, O., *El testimonio y sus problemas*. Temis, Bogotá, 1985, p. 3.

El testigo es la persona física que se encuentra presente al momento de la comisión del delito y que es llamada al proceso penal para que declare sobre lo que conoce de los hechos que se investigan. Como lo afirma CARNELUTTI los testigos se encuentran en el *ambiente del delito* y el juez, por el contrario, en el *ambiente del juicio*[143]. Es la persona llamada a "referir su declaración sobre todo lo que ha visto, oído o palpado o, en fin, de todo aquello que ha llegado a él por medio de los sentidos, de un hecho pasado presumible punible y objeto de averiguación"[144].

El testigo es pues la persona que se encuentra presente al momento del delito, que puede conocer de otros elementos de prueba o ser fuente de prueba, pero que adquiere singular importancia cuando ante la autoridad judicial expresa lo que ha visto, oído o percibido del mismo. Por ello su declaración debe ser objetiva y concreta, no admitiéndose que exprese opiniones o conceptos que de manera personal tenga respecto de los hechos que relata, salvo que se trate de un testigo técnico (art. 166.3).

En cuanto a la valoración del testimonio, la misma ley procesal establece la posibilidad de verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, en cuyo caso se realizarán las indagaciones necesarias e incluso, la realización de las pericias que correspondan, facultándose al juez a decidirla de oficio (art. 162.2).

2.2. Características del testimonio

a. Es una declaración de conocimiento realizado por persona física, con capacidad legal.

b. Constituye una declaración verbal prestada ante el fiscal o juez competente sobre lo que conoce de la comisión del delito o de las circunstancias que rodean al mismo La ley señala que tal declaración "versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba" (art. 166.1). La oralidad es la regla en el procedimiento penal.

143 CARNELUTTI, F., *Lecciones*... cit., p. 15.
144 RODRÍGUEZ O., Cit. p. 4.

c. No debe mediar forma alguna de coacción en la declaración testimonial. El testimonio debe ser libre de promesas o amenazas.

d. El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos sobre los cuales podría surgir su responsabilidad penal, alcanzando tal derecho cuando su declaración pueda incriminar a su cónyuge o parientes cercanos (art. 163.2). Se trata de un derecho del testigo en virtud del cual se puede abstener de declarar.

e. La declaración testimonial debe producirse con las formalidades que exige la ley procesal.

f. Puede ser ofrecida por las partes o actuarse de oficio, conforme al avance de la investigación judicial y lo dispuesto por la ley procesal.

g. El testimonio puede ser espontáneo o provocado. Es *espontáneo* cuando se presta ante la autoridad sin previo pliego de preguntas y en donde el testigo expresa en sus propios términos -y de la manera que es más cómoda- su conocimiento sobre los hechos. Corresponderá a la autoridad judicial la formulación de las preguntas pertinentes una vez terminada la exposición del testigo, tratando de resaltar los aspectos que por el nerviosismo o la brevedad de la declaración no dijo o no precisó el deponente. Será el *testimonio provocado,* si la autoridad judicial inicia el examen del testigo conforme a un interrogatorio que previamente ha elaborado.

h. El testimonio puede ser de cargo o de descargo, según sean ofrecidos por las partes dentro del proceso penal.

i. El testigo colabora con la justicia, es un tercero dentro de un proceso, no puede presentar recursos ni participar en el proceso activamente. No existe prohibición expresa de la ley respecto a que pueda ser acompañado por su abogado (sólo presencial), si temiera ser involucrado en la causa penal.

j. El testimonio del sordo, mudo y sordomudo se realizará formulando las preguntas por escrito; si saben escribir, contestarán de la misma forma, salvo que el sordo pueda contestar oralmente. En todo caso, el Juez puede disponer la presencia de intérprete o

de persona hábil en el entendimiento con los testigos que tengan tales limitaciones.

k. El testimonio debe recibirse por separado; la autoridad judicial debe procurar que no exista comunicación entre los testigos (art. 170.3).

l. El testigo puede ser interrogado por los abogados que intervienen en la diligencia.

m. La nueva ley procesal, a diferencia del código antiguo, permite el careo entre testigos (art. 182.2°), lo que es, en algunos casos, necesario, pues existe la posibilidad de que los testigos de un mismo hecho declaren de manera contradictoria o diferente.

Es del caso señalar que el fiscal o el juzgador para efecto de recibir la declaración testifical debe de examinar con especial atención las características de la persona que declara y las circunstancias que concurrieron en el hecho a fin de fijar su credibilidad y valorar en su momento el contenido de sus testimonio.

2.3. Clases de testigos

En doctrina se admite la siguiente clasificación de testigos:

a. *Testigos directos o presenciales.*- Son aquellos que tienen una percepción directa sobre el delito y que se manifiesta a través de la vista principalmente, o de los demás sentidos; así por ejemplo, el testigo que escuchó el diálogo entre el imputado y la víctima, o los gritos de dolor del agraviado o el ruido de los instrumentos empleados en el delito o percibió un olor a quemado en lugar próximo a la escena del crimen, etc.

b. *Testigos indirectos o de referencia,* también se les llama *testigos de oídas,* que son aquellos que expresan conocimiento del hecho por datos suministrados por otras personas o informaciones captadas de medios de comunicación social, de los comentarios de la gente, de la películas, etc. Es el llamado *testigo referencial* que se encuentra regulado expresamente por la ley. En efecto, el

art. 166.2 establece que en estos casos, el testigo "debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo", incluso se podrá actuar de oficio en el caso de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento; si ello no se produce, no podrá utilizarse dicho testimonio.

c. *Testigos de conducta*, que son aquellos que acuden ante la autoridad judicial, generalmente a pedido del imputado, a fin de aportar elementos de juicio sobre la honorabilidad o buena conducta del imputado.

d. *Testigos instrumentales*, que son aquellos que acuden al despacho judicial para dar fe de algún documento o del contenido del mismo o de la firma que allí aparece.

2.4. Obligación de testimoniar

En principio, todas las personas nacionales o extranjeras, citadas por la autoridad judicial como testigos, tienen la obligación de concurrir a la sede judicial, salvo excepciones legales, a prestar su declaración y responder con verdad a las preguntas que se le hagan (art. 163.1).

La nueva ley establece que tratándose de testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado, no pueden ser obligados a revelar el nombre de su informante. Lo que parece lógico en la línea del trabajo que realizan en sus investigaciones, empero, la prohibición no es absoluta, pues pueden mencionar sus nombres y ser llamados a declarar. De allí que en el párrafo siguiente del art. 163.3 se precisa que si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas. Ello confirma la necesidad de respetar el principio de legalidad de la prueba y además, exige la verificación del testimonio indirecto. En consecuencia, las partes, pero principalmente el fiscal, deben de cuidar bien de ofrecer tales pruebas si antes no han confirmado la declaración de tales personas informantes.

Conforme al ordenamiento procesal, la autoridad fiscal o jurisdiccional debe citar como testigos:

a. A las personas ofrecidas por las partes o las que considere el Fiscal durante la fase de investigación, y por el juez penal en fase de juicio oral, aceptadas en fase intermedia.

b. A las personas que el imputado considere necesarias para su defensa o las que especialmente ofrezca para demostrar su probidad y buena conducta.

El número de testigos podrá ser limitado por el Juez según su criterio (art. 155.2). En tal sentido, por ejemplo, deberá considerar la reiteración del testimonio formulado por otros testigos o la coincidencia de lo ya expuesto por otros respecto de un mismo hecho; o los testimonios de vecinos o compañeros de trabajo, que tiene por objeto poner de relieve su buena conducta.

El testigo deberá ser citado por la autoridad fiscal o jurisdiccional, fijándose día y hora para la declaración; si no se presenta, se le hará comparecer *compulsivamente* por la fuerza pública (art. 164.3). Si bien la ley no lo dice expresamente, tratándose de una sola citación, ésta debe hacer mención al apercibimiento de conducción de grado o fuerza. También es posible que el testigo se presente espontáneamente (art. 164.2), lo que significará que se levante el acta correspondiente, decidiendo la autoridad fiscal o judicial la recepción de su declaración.

Puede afirmarse que el testigo tiene las siguientes obligaciones en el proceso penal:

a. Obligación de comparecer, cada vez que sea citada por la autoridad judicial.

b. Obligación de identificarse con el documento de identidad respectivo.

c. Obligación de prestar juramento o promesa de honor.

d. Obligación de decir la verdad, caso contrario incurrirá en delito sancionado por la ley penal (art. 409° C.P.).

2.5. No obligatoriedad del testimonio

La nueva ley también establece que personas que no están obligadas a prestar declaración testimonial por razones de parentesco y secreto profesional o de Estado. Se trata de la declaración testimonial facultativa, donde por condiciones personales o circunstancias especiales, el testigo se puede abstener de prestar testimonio. Podemos señalar los siguientes supuestos: (art. 165).

a. *Por razón de parentesco.*- Se sustenta en la existencia de relaciones y vínculos familiares, de armonía y concordia en el hogar que exige no obligar a los parientes del inculpado a declarar como testigos. La ley establece que podrán *abstenerse* a rendir testimonio: el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Tal abstención se extiende a los parientes por adopción y respecto de los cónyuges y convivientes aún cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial (art. 165.1). La misma norma señala que las personas mencionadas serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio, en todo o en parte.

   En estos casos, primero debe establecerse el grado de parentesco entre el testigo y el inculpado con la documentación respectiva; y luego la autoridad judicial le debe de advertir que no está obligada a prestar testimonio, que pueden rehusar a declarar, en todo o en parte. El testigo decidirá si se somete al examen o presta testimonio sólo respecto de algunos aspectos o contesta algunas de las preguntas que le formulen.

b. *Por razón de secreto profesional o de Estado.*- La razón radica en uno de los fundamentos de la profesión o culto religioso, el secreto de lo que conoce en el ejercicio de sus funciones; el deber de reserva que ha observar respecto de lo que se le confiere a una persona dentro del ámbito de su función profesional o culto religioso.

En tal sentido, no estará obligado el abogado del imputado respecto a los hechos que le hubieren sido confiados por aquel en calidad de defensor; el médico respecto de lo que le hubiera confiado su paciente quien a su vez es imputado de un delito; el sacerdote sobre lo que le hubiere escuchado en confesión del imputado.

Debe recordarse que la Constitución de 1993 establece como derecho fundamental, la reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional (art. 2° inc. 18) e inclusive el Código Penal prevé sanción privativa de la libertad y multa a quien revelare información sujeta a secreto profesional (art. 165°).

Conforme a la nueva ley procesal (art. 165.2), *deberán abstenerse* de declarar, con las precisiones legales pertinentes: los vinculados por el secreto profesional: los abogados, ministros de culto religioso, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas y otros profesionales dispensados por ley expresa; sin embargo, con excepción de los sacerdotes, los profesionales podrán declarar cuando sean liberadas por el interesado de guardar secreto.

La ley también comprende a los funcionarios y servidores públicos que conocen de un secreto de Estado, es decir, de una información considerada como secreta o reservada. En estos casos deberán hacer conocer de ello a la autoridad judicial que los cite, en tales casos, el fiscal o juez deberá pedir información al Ministro del sector a fin de verificar si la información requerida se encuentra de los alcances de la reserva de esta ley; si no lo estuviera continuará la diligencia; caso contrario, deberá abstenerse de declarar. Para este último caso, la ley establece que si el juez lo considera imprescindible, a pedido de las partes o de oficio, podrá citar a declarar a los funcionarios públicos que correspondan e incluso al que inicialmente fue citado, a fin de que responda a las interrogantes judiciales (art. 165.3). La razón de esta excepción es bastante obvia, se busca proteger al Estado mismo a través de cualquier información clasificada como reservada o secreta y que compete de manera exclusiva a los funcionarios del más alto nivel.

En todos los casos, estas personas serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, sea en todo o en parte.

3. EL CAREO

El careo se hace necesario cuando en el proceso penal dos o más personas, sean imputados o testigos, deponen sobre hechos que son materia de investigación judicial y surgen contradicciones sobre su contenido, originando discordancia o confusión, ya que se desconoce a quien corresponde el dicho sobre la verdad. Conforme a lo dispuesto por la ley procesal penal, se realizará el careo cuando entre lo declarado por el imputado y lo dicho por otro imputado, testigo o agraviado, *surjan contradicciones importantes* (art. 182.1).

El careo consiste entonces en poner frente a frente a los sujetos que intervienen en el proceso penal para poder esclarecer, mediante el debate, las controversias que han surgido de sus propias declaraciones expresadas ante la autoridad judicial. Se busca reconstruir los hechos que constituyen el objeto del proceso o de una parte de él a partir de las propias discrepancias que existen en las declaraciones judiciales[145].

La legislación anterior posibilitaba una confusión entre los términos careo y confrontación; sin embargo, el Nuevo Código establece determinadas distinciones. El presupuesto necesario para el careo es que existan contradicciones importantes entre 2 sujetos (entre imputados, imputado / testigo, imputado/ agraviado, entre agraviados, entre testigos), tal como reza el artículo 182; sin embargo el presupuesto exigible para la confrontación es que, existan declaraciones contradictorias de un mismo sujeto en etapas distintas del proceso (artículo 378.8: "Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio")

3.1. Naturaleza Jurídica

La doctrina no ha sido uniforme respecto a la naturaleza jurídica del careo. Se puede apreciar una tendencia orientada a considerarla como un medio subsidiario o complementario de prueba, y también,

145 DEL VALLE RANDICH, L., *Los medios de prueba en el derecho procesal penal*, cit. p. 123.

3. EL CAREO

El careo se hace necesario cuando en el proceso penal dos o más personas, sean imputados o testigos, deponen sobre hechos que son materia de investigación judicial y surgen contradicciones sobre su contenido, originando discordancia o confusión, ya que se desconoce a quien corresponde el dicho sobre la verdad. Conforme a lo dispuesto por la ley procesal penal, se realizará el careo cuando entre lo declarado por el imputado y lo dicho por otro imputado, testigo o agraviado, *surjan contradicciones importantes* (art. 182.1).

El careo consiste entonces en poner frente a frente a los sujetos que intervienen en el proceso penal para poder esclarecer, mediante el debate, las controversias que han surgido de sus propias declaraciones expresadas ante la autoridad judicial. Se busca reconstruir los hechos que constituyen el objeto del proceso o de una parte de él a partir de las propias discrepancias que existen en las declaraciones judiciales[145].

La legislación anterior posibilitaba una confusión entre los términos careo y confrontación; sin embargo, el Nuevo Código establece determinadas distinciones. El presupuesto necesario para el careo es que existan contradicciones importantes entre 2 sujetos (entre imputados, imputado / testigo, imputado/ agraviado, entre agraviados, entre testigos), tal como reza el artículo 182; sin embargo el presupuesto exigible para la confrontación es que, existan declaraciones contradictorias de un mismo sujeto en etapas distintas del proceso (artículo 378.8: "Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio")

3.1. Naturaleza Jurídica

La doctrina no ha sido uniforme respecto a la naturaleza jurídica del careo. Se puede apreciar una tendencia orientada a considerarla como un medio subsidiario o complementario de prueba, y también,

145 DEL VALLE RANDICH, L., *Los medios de prueba en el derecho procesal penal*, cit. p. 123.

como un medio de prueba. Se sostiene que no se trata de un medio de prueba, sino de un expediente para la valoración de una prueba[146]; que es un "medio complementario y negativo de comprobación al que se recurre para despejar una situación de incertidumbre provocada por manifestaciones discordes"[147].

También se afirma que el careo constituye una diligencia judicial esencialmente *subsidiaria*[148] que se realiza cuando se constatan contradicciones, divergencias o desacuerdos en las declaraciones judiciales prestadas por los inculpados o entre ellos y los testigos, y resulta necesaria para el debido esclarecimiento de tales declaraciones. En tal sentido, no se le considera como un medio de prueba, sino un instrumento para constatar declaraciones vertidas en el proceso o factor valorativo de la declaración testimonial.

De otro lado, se ha sostenido que se trata de un medio de prueba, ya que a través de dicha diligencia, el Juez puede llegar a obtener la verdad de los hechos, pues no se trata de una simple declaración ratificatoria de discrepancias sino de la oportunidad en manos del Juez para "exigir que den razón de sus afirmaciones, y luego establecer, dentro de su función eminentemente prudente y sicológica, quién es la persona que encara con mayor precisión, dando detalles, precisando conceptos, aclarando ideas y probando sus afirmaciones, y sobre todo empleando un tono convincente o dubitativo frente a su confrontado"[149].

3.2. Características del careo

a. El objeto principal del careo es poder despejar la incertidumbre creada ante las declaraciones vertidas por los imputados y testi-

146 MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. 4, Traducción de Santiago Sentís M. Y M. Ayerra, EJEA, Bs. As. 1953, p. 214

147 Véase OMEBA, *Enciclopedia Jurídica*, T. XX, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, p. 699.

148 MONTÓN REDONDO, A., *Proceso Penal*, obra colectiva, con Montero A., cit., p. 180, 299.

149 DEL VALLE RANDICH, L., *Los medios de prueba en el derecho procesal penal*, cit. p. 124.

gos en el proceso penal. En tal sentido, la discrepancia y el esclarecimiento constituyen el objeto principal de la confrontación[150].

b. Se posibilita el careo entre testigos, a diferencia de la ley anterior

c. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su abogado defensor lo solicite expresamente (art. 182.3). [151]

d. En la diligencia el juez les preguntará a las partes si confirman o modifican su declaración anterior y las invitará, si fuera necesario, a referirse recíprocamente a sus versiones (art. 183.1). Es decir, a que se expresen directamente, entre sí, sobre lo que ellos sostienen.

e. Seguidamente las partes interrogaran a las personas sometidas a careo sobre los puntos materia de contradicción y que determinaron la procedencia de la diligencia. En tal sentido, fijados los puntos controvertidos, sólo se formularán preguntas que guarden relación con lo dicho, salvo que del mismo careo surja la necesidad de repreguntas sobre temas conexos.

f. La autoridad judicial valorará el careo conjuntamente con las demás pruebas actuadas, en especial, con las referidas anteriormente por ellos. De tal manera que si se acredita la falsedad del testimonio, éste carecerá de valor probatorio.

g. Debe afirmarse la importancia de los principios de inmediación y contradicción expuestos en la diligencia de careo.

4. LA PRUEBA PERICIAL

4.1. Concepto

La especialización y el adelanto del conocimiento científico, hace vital este medio probatorio en la dinámica del proceso penal. FLORIÁN[152]

150 DEL VALLE RANDICH, L., *Los medios de prueba en el derecho procesal penal*, cit., p. 125.

151 Que ya había sido dispuesto por la ley 27055 modificando el código procesal antiguo.

152 FLORIÁN, Eugenio. *De la pruebas penales*. Tomo II, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 351

la define como "el medio de prueba que se emplea para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica. En tal sentido, la procedencia de la prueba pericial se encuentra regulada en el artículo 172 del Código: "La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada". Asimismo el Código establece la posibilidad de ordenar una "pericia cultural" en el supuesto del artículo 15 del Código Penal -error de comprensión culturalmente condicionado- la cual tendrá como objeto las pautas culturales del imputado. (Art. 172.2)

Las reglas que se establecen para la prueba pericial y la prueba testimonial son distintas, el legislador se pone en el supuesto de la persona que declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar aptitudes especiales, el conocido como "testigo técnico" -ejemplo un policía, experto en balística, que fue testigo presencial de un asalto a mano armada- y establece que regirán las reglas de la prueba testimonial.

4.2. El perito

El *perito*, a diferencia del testigo, no es llamado a declarar sobre hechos que conoce por su propia experiencia, sino que es llamado por el conocimiento específico que posee; prevalece fundamentalmente el elemento técnico. El perito es un órgano de prueba que nace desde el proceso penal mismo, mientras que el testigo existe con independencia de el.

El artículo 173.1, dispone que el *nombramiento del perito* será realizado durante la etapa de investigación Preparatoria, por el Juez competente y en los casos de prueba anticipada los peritos pueden ser nombrados por el Juez o el Fiscal; asimismo, establece el siguiente orden de prelación: se escogerá a los especialistas donde los hubiere y entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente, y de no existir este tipo

de profesionales, se tomara en cuenta a los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La norma procesal -a diferencia de la legislación anterior- establece que solo se nombrara a *un perito,* sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas y para ello se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes (Art. 173.1). En el mismo texto[153] se establece que la labor pericial se encomendará; sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que prestaran su auxilio gratuitamente.

El perito designado tiene la obligación de ejercer el cargo, salvo que este incurso en alguna causal de impedimento -incisos 1) y 2) del artículo 165, que regula las causales de abstención de declarar por parte de los testigos-, debiendo ejercer sus funciones con objetividad e independencia, para lo cual prestara juramento, siendo esa la oportunidad para mencionar si le asiste algún impedimento. El perito, en virtud de la función que le toca desempeñar, tiene acceso al expediente -técnicamente hablando a la carpeta fiscal- y a las demás evidencias a fin del logro de su cometido, debiendo guardar reserva, bajo responsabilidad (Art. 176).

Según el artículo 174, la disposición (fiscal) o resolución (judicial) de nombramiento del perito, precisará: a) el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, b) El plazo para la entrega del informe pericial, para lo cual se escuchara a los peritos y las partes.

Una vez producido el nombramiento de los peritos oficiales, los sujetos procesales pueden nombrar, por su cuenta, los peritos que esti-

153 El artículo 173.2 fue modificado por el artículo único de la ley 28697, publicada el 22.03.2006. También se establece que "podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o firmas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes."

men necesarios, en ese caso estaremos ante los llamados *peritos de parte* quienes se encuentran facultados a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje.

4.3. El informe pericial

El informe pericial es el resultado del trabajo realizado por el perito, que contiene, la opinión del perito, la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos o técnicos en que se basa. En nuestra nueva legislación la presentación del informe pericial reviste un carácter formal.

El artículo 178, prescribe, el contenido del informe pericial en los siguientes términos: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria; b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje; c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; d) La motivación o fundamentación del examen técnico; e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma. Asimismo, menciona que el informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso ya que no es función del perito dicha determinación sino ilustrar al juzgador respecto de un tema en particular, por el cual ha sido nombrado.

¿Qué sucede en el caso de discrepancia entre peritos? En el caso que existan varios peritos oficiales y estos discrepan, cada uno presentará su respectivo informe pericial, y en el supuesto que el perito de parte discrepe con las conclusiones del informe pericial oficial, puede presentar su propio informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178, en este caso se debe poner en conocimiento del perito oficial a efectos que se pronuncie.

4.4. Examen pericial

La prueba pericial debe ser incorporada al proceso penal mediante la declaración de los peritos en Juicio Oral; el examen a los peritos debe estar orientado a la explicación de las conclusiones a las cuales se han arribado.

Según el artículo 378.5 el examen del perito se iniciará con la exposición breve del contenido y conclusiones del informe pericial, de ser necesario el Juez, ordenara su lectura, seguidamente se le exhibirá el informe y se le consultará si corresponde al que ha emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación, se le pedirá explique las operaciones periciales que han realizado, y será interrogado por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

De existir informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, inclusive de oficio, en el curso del acto del juicio oral un debate pericial, y de existir discrepancia entre un informe pericial oficial y uno de parte, el debate pericial es obligatorio.

5. LA PRUEBA DOCUMENTAL

5.1. Concepto

Para CARNELUTTI el documento constituye una prueba histórica, esto es, *un hecho representativo de otro hecho*. Agrega, "si el testigo es una persona, que narra una experiencia, el documento puede ser definido como *una cosa, por la cual una experiencia es representada*; aquí el objeto de investigación debe ser la diferencia entre la *representación personal* y la *representación real*"[154].

El documento es toda aquel medio que contiene con el carácter de permanente una representación actual, pasada o futura, del pensamiento o conocimiento o de una aptitud artística o de un acto o de un estado afectivo o de un suceso o estado de la naturaleza, de la sociedad o de los valores

154 CARNELUTTI, F. *Lecciones*, T. I cit., p. 302, 311.

económicos, financieros, etc., cuya significación es identificable, entendible de inmediato y de manera inequívoca por el sujeto cognoscente.

El documento no sólo se identifica con algún acto escrito, sino comprende a todas aquellas manifestaciones de hechos, como las llamadas instrumentales, (cinta magnetofónica, vídeo, disquetes, slides, las fotografías, caricaturas, planos, representaciones pictóricas, pentagramas, estampillas, cartas, fax, telegrama, códigos de comunicación, fórmulas, etc.). En materia civil se establece que documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (art. 233°).

5.2. El documento como objeto y medio de prueba

El documento puede ser considerado *como objeto de prueba* pues para su incorporación al proceso y valoración posterior requieren de previa observación, identificación y análisis. Debe de existir una relación directa o indirecta entre en hecho que se investiga con el documento que se pretende considerar dentro del proceso. Por ejemplo, la carta extorsionadora, el dibujo de la escena de crimen, en el delito de secuestro o robo; la carta del imputado o del testigo, etc. De tal manera que, el documento como objeto de prueba nos permite identificar los hechos que se relacionan con la imputación misma y que es el centro de la investigación,

El documento como *medio de prueba* aparece cuando su contenido se apoya en declaraciones o en informes de personas dentro del proceso judicial; son aquellos documentos que forman parte del proceso y que por sí mismos merecen valor en tanto se relacionen con el hecho sujeto a investigación: declaración del imputado, testimonial, pericia, etc. En tal sentido, el documento como medio de prueba se relaciona necesariamente con el órgano de prueba. El artículo 184 de la nueva ley procesal establece que "se podrá incorporar al proceso todo documento que pueda servir como medio de prueba. Quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, ...".

Como se puede apreciar, el documento tiene naturaleza representativa, pero además, tiene la singularidad de ser un medio de comunicación pues la relación entre el sujeto cognoscente y la fuente de

prueba se manifiesta a través del contenido del documento; también tiene naturaleza permanente pues su existencia es por tiempo indeterminado, en tanto el documento no sufra algún deterioro, adulteración o desaparezca. También tiene carácter objetivo dado que existe real e independientemente de la persona de su autor.

De lo que se afirma, también podemos sostener que el documento tiene la finalidad de preservar de la forma fidedigna y fiel aquello que representa. Y dentro de dicha finalidad genérica, se establecen dos finalidades específicas: la finalidad *ad probationem*, cuando el documento es hecho con la finalidad de demostrar posteriormente la autenticidad de lo representado. La finalidad *ad substanciam*, cuando por mandato legal, la documentación escrita del acto jurídico es indispensable para la existencia de éste; de tal manera que el documento es considerado elemento constitutivo del acto jurídico y también el medio que sirve para probarlo[155].

5.3. Clases de documentos

El artículo 185 del Código Procesal Penal establece que son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y otros similares." Pero además habrá que comprender el concepto de documentos de la legislación civil como la existente sobre documentos públicos y privados.

a. *Documento Público.* Es aquel que es redactado u otorgado siguiendo la formalidad legal por la autoridad pública competente que da fe pública. Los documentos privados que son expuestos ante notario sólo para autenticar como suya la firma merecerán fe de lo que ha sido legalizado ante el Notario, es decir, sólo de la firma y no del contenido.

De acuerdo a ley (art. 235° del CPC) es documento público:

155 El art. 225° del C.C. establece que "no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo".

1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y
2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.

En tal sentido, constituyen documentos públicos los expedidos por los funcionarios públicos de los distintos Ministerios o Instituciones del Estado; los expedidos por los Notarios; los documentos que se encuentran en los archivos públicos; los documentos relativos al estado civil de las personas; los documentos que expidan las autoridades judiciales.

b. *Documento Privado.* Es aquel que es redactado por las personas interesadas, sea con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario o funcionario público. El CPC (art. 236°) los define a contrario sensu de los documentos públicos, cuando estable que "es el que no tiene las características del documento público" y agrega que "la legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público".

En materia penal los documentos privados pueden manifestarse en manuscritos, impresos, documentos escritos a máquina, grabaciones, filmaciones, planos, cuadros, dibujos, etc. Pero habrá de verificarse su relación con el hecho que se investiga o con la persona imputada; algunas veces recogido de la escena del crimen por el Fiscal o la policía, otras veces aportados por las partes al proceso, pero siempre susceptibles de valoración por el órgano jurisdiccional.

Los documentos privados carecen de valor por sí sólo hasta que se pruebe su autenticidad y su relación con el hecho que se investiga o con la persona imputada del delito.

Habría que agregar que los documentos que tengan declaraciones anónimas no podrán ser utilizados en el proceso, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado (art. 184.3).

5.4. Obligatoriedad de presentar, exhibir o permitir el conocimiento de documentos. Orden de incautación

La ley procesal penal establece la obligatoriedad de las personas naturales o jurídicas, de instituciones públicas o privadas, de presentar, exhibir o permitir el conocimiento de los documentos que se requiere para la investigación del delito, salvo dispensa, prohibición legal necesidad de previa orden judicial (art. 184.1). No se trata entonces de un deber, sino de una obligación que las personas deben de cumplir, de allí que durante la investigación fiscal, dicha autoridad podrá solicitar al tenedor del documento la presentación o exhibición voluntaria del documento, caso contrario, deberá solicitar la autorización al Juez para proceder a su incautación (art. 184.2).

5.5. Reconocimiento de documentos

Conforme se ya se ha realizaba en la práctica, la nueva ley establece el reconocimiento del documento por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio así como por aquel quien efectuó el registro, incluso, podrán ser llamados en calidad de testigos (art. 186.1). En el mismo sentido, se podrá recurrir a la prueba pericial cuando corresponda verificar la autenticidad de un documento (art. 186.2). Para efecto del reconocimiento debe de existir una relación directa o indirecta entre la persona y el documento a reconocer, como cuando deba reconocer documentos presentados dentro del proceso por algunas de las partes, como aquellos realizados en la investigación policial (acta de incautación).

5.6. Otras características

a. Los documentos en idioma distinto al español serán traducidos oficialmente.
b. Si se trata de un documento en cinta magnetofónica, la autoridad judicial (fiscal o juez) dispondrá su trascripción.
c. La autoridad judicial podrá requerir informes que consten en registros oficiales o privados. Su incumplimiento, retardo, falsedad o

ocultamiento de datos, serán sancionados con multa, sin perjuicio de la acción penal que corresponda y de la diligencia de inspección, revisión o incautación del documento, si fuera el caso (art. 188).

III. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. CONCEPTO BÁSICO

La actividad probatoria encuentra su momento culminante cuando se procede judicialmente[156] a la valoración de la prueba[157]. Se espera alcanzar la verdad sobre los hechos mediante la prueba y ésta tiene como función específica darle el incentivo vigoroso de la verdad dado que, la sentencia que es el fin característico del proceso se hace realidad cuando las pruebas se dirigen a asegurar la verdad[158].

En tal sentido, todo el procedimiento probatorio debe obedecer a criterios judiciales fundamentales de legitimidad, orden procedimental, pertinencia y contradicción. El objeto del proceso debe quedar plenamente satisfecho para que se cumpla la excelsa función jurisdiccional: juzgar.

La valoración de la prueba es definida como la operación intelectual -que realiza el juez de juzgamiento- destinada a establecer la *eficacia conviccional* de los medios de prueba recibidos en el decurso del debate[159]. La valoración de la prueba determina el grado de conocimiento que posee el Juzgador.

156 La exclusividad de la valoración de la prueba lo es para que el Juez dicte sentencia y obviamente, es distinta a la que corresponde al Fiscal y a las partes, a fin de sustentar sus posiciones.

157 Véase GERHARD WALTER. *Libre apreciación de la prueba.* Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, versión castellana de Tomás Banzhaf, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

158 ARANGO ESCOBAR, Julio, *Valoración de la prueba en el proceso penal*, en AAVV, serie Justicia y Derechos Humanos/2, Guatemala, 1996, p. 111.

159 CAFFERATA NORES. *La prueba en el proceso penal*, 4° edición actualizada y ampliada, ediciones de *Depalma*, Buenos Aires, 1986, p. 45

La prueba aportada en el debate contradictorio, tendrá como norte, a efectos de destruir válidamente la presunción de inocencia, lograr la plena convicción del juzgador sobre la culpabilidad del imputado ya que solo la certeza en torno a la imputación es presupuesto básico para emitir una sentencia condenatoria. Cuando la percepción de haber alcanzado la verdad es firme, se dice que hay certeza, que podría ser definida como la *firme convicción de estar en posesión de la verdad.*

Como es sabido la prueba, no sólo puede generar certeza en torno a la tesis acusatoria, también existen otros grados de conocimiento, como la duda -que se aprecia como un equilibrio u oscilación porque el intelecto es llevado hacía el sí y luego hacía el no, sin poder quedarse en ninguno de los dos extremos- y la probabilidad -se produce cuando coexisten elementos positivo y negativos, con el detalle que los positivos son superiores-.

2. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La historia y el derecho comparado reconocen hasta tres sistemas de valoración de la prueba: a) sistema de la prueba legal o tasada; b) sistema de la íntima convicción; y c) sistema de la sana critica racional o libre convicción. Nuestro legislador ha introducido este último sistema pues expresamente señala que "en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados" (art. 158.1). En consecuencia, como enseña VELEZ MARICONDE se *deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.* Agrega el maestro argentino que "éstas reglas de la sana crítica racional, 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- son las únicas que gobiernan el juicio del magistrado"[160].

160 VELEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal*, cit. p. 363.

De allí que se afirme que la libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba pueden ser libremente ponderados por el tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado[161].

Hay entonces dos aspectos importantes que hacen de este sistema de valoración de la prueba la de mayor aceptación en sistemas como el nuestro: a) la libertad de convencimiento judicial sobre la prueba, en atención al razonamiento lógico; y b) la exigencia de expresar cuáles son tales razones judiciales en la motivación de la resolución.

CAFFERATA NORES enseña que la autoridad judicial llegará a conclusiones sobre la prueba en plena libertad de apreciación pero observando normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia, con obligación de expresar las razones de tal convencimiento y los elementos de prueba en que lo sustenta, exigiéndose dos aspectos importantes: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, a fin de fundar la conclusión que en él se apoya[162].

3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EL *IN DUBIO PRO REO*

El sistema de la libre convicción o sana critica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces; sin embargo, en el primero se exige que las conclusiones a que se lleguen sean el producto lógico y racional de las pruebas en las que se las apoye. En este

161 Sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 31 de 1981, de 28 de julio, cit. por RAMOS MÉNDEZ, F. *El Proceso Penal*. Lectura Constitucional, Bosch editor, Barcelona 1997, p. 357.

162 CAFFERATA NORES, J. *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 42 y 43.

sistema de valoración de la prueba existe un deber de motivación de las resoluciones judiciales

La certeza a que ha de llegar el juzgador sobre la prueba actuada va a determinar que la sentencia sea absolutoria o condenatoria. Sin embargo, es posible dicho convencimiento judicial no llegue a concretarse por la presencia de determinadas dudas en el juicio valorativo del Juez. En estos casos, el órgano jurisdiccional juzgador debe inclinarse a favor del procesado.

El principio *in dubio pro reo* tiene toda una doctrina que lo sustenta y que es imperativo para los jueces por mandato constitucional, pues ha de aplicarse la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (art. 139° inc. 11 Const.). Además, el nuevo código procesal es expreso al señalar cuando en su titulo preliminar trata del principio de inocencia, que "en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado." (art. II. 1).

Este principio guarda estrecha relación con la presunción de inocencia. En efecto, ninguna persona puede ser considerada como culpable hasta que se pruebe el hecho materia de imputación y el juzgador lo exprese en una sentencia condenatoria y motivada. Es más, se ha afirmado que el *in dubio pro reo* constituye un corolario del principio constitucional de inocencia, como lo señala LANGER y que en su *aspecto negativo* "*prohíbe* al tribunal *condenar* al acusado si no obtiene certeza sobre la verdad de la imputación" y en su aspecto positivo, "*obliga* al tribunal no sólo a no condenar sino a *absolver* al acusado al no obtener certeza".

Se enseña en la jurisprudencia española que ambas son manifestaciones de un genérico *favor rei*, pero que existe una diferencia sustancial pues el derecho a la presunción de inocencia, desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales; y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal[163].

163 Véase Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 140/1985, de 21 de octubre, cit. por RAMOS MÉNDEZ, F. *El Proceso Penal*. Lectura Constitucional, cit. p. 360.

De otro lado, el *in dubio pro reo* encuentra su ubicación natural en el ámbito de la valoración de la prueba y no en otro momento procesal, -por que es el Tribunal de inmediación- y si el órgano juzgador no ésta convencido por el resultado de la prueba por tener una duda razonables, aplicará el *in dubio pro reo*[164]. A contrario *sensu*, no aplicará tal principio, si al momento de dictar sentencia el juzgador considera que no hay pruebas para la condena, o aquellas son insuficientes, por lo tanto deberá absolver al imputado bajo tales criterios (falta de pruebas o insuficiencia probatoria).

4. REGLAS A OBSERVAR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia en la valoración de la prueba -a las que hace referencia el artículo 158 del Código, en concordancia con el artículo 393-, dependerá del caso concreto que se aborde.

Como ya lo hemos anotado precedentemente las máximas de la experiencia se originan de la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores, por su parte las reglas de la lógica, conformada por principios tales como "principio de no contradicción" y el "principio de la razón suficiente" y la ciencia -en tanto sean pertinentes- deberán ser tomadas en cuenta por el juzgador, para formar su convicción.

5. CRITERIOS PARTICULARES DE VALORACIÓN

La regla básica en cuanto a la valoración de la prueba, es la sana crítica racional (art. 393), ahora bien el Código, recogiendo la jurisprudencia, ha establecido reglas valorativas que en cierta medida se hacen necesarias. Cabe anotar que estos criterios reglados deben ser la excepción a efectos de no llegar al sistema tasado de valoración.

164 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Lectura Constitucional, 3ª edición, cit. p. 359.

5.1. Valoración de la declaración de testigos de referencia, de arrepentidos o colaboradores

Los testigos de referencia son aquellos que conocen del hecho delictivo de manera indirecta, los arrepentidos o colaboradores, técnicamente son coimputados que optan por desvincularse de una asociación delictiva y colaborando con la administración de justicia delatan a sus coimputados. En esos supuestos la norma establece que existe una necesidad de corroboración de las declaraciones referenciales, y de los colaboradores o arrepentidos (art. 158.2)

5.2. Valoración de la prueba indiciaria

Mención especial, merece el tema de la controvertida "prueba indiciaria", la cual no es un medio de prueba, sino un tipo de prueba, tan igual como la prueba directa y que tiene virtualidad para fundamentar válidamente una sentencia condenatoria.

5.2.1. Concepto de prueba indiciaria

En términos de MIXÁN MÁSS la prueba indiciaria es aquella actividad probatoria de naturaleza necesaria discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta[165].

La prueba indiciaria relaciona los conceptos de *hecho indicio*, como dato real, cierto, objetivo y el *hecho consecuencia*, es decir, lo que permite descubrir o comprobar. Existe pues, como lo expresa MARTINEZ ARRIETA[166] "un hecho indicio acreditado por prueba directa, al que se asocia una regla de la ciencia, o una máxima de la experiencia o, incluso, una regla de sentido común. Esa aso-

165 MIXÁN MÁSS. F. *Prueba indiciaria*, Ediciones BLG, Trujillo, 1992, p. 18.

166 MARTINEZ ARRIETA, Andrés, *La prueba indiciaria, la prueba en el proceso penal*, AAVV. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, de España, Madrid, 1993, p. 53.

ciación va a permitir la acreditación de un segundo hecho, consecuencia a través de un engarce que debe ser racional y lógico".

Pero resulta necesario distinguir entre prueba indiciaria e indicio. La primera es toda una institución jurídico procesal de naturaleza compleja y que comprende toda aquella actividad cognoscitiva y que incluye entre sus componentes al *indicio*, y éste es un concepto restringido de la prueba indiciaria, que se manifiesta a través de un dato cierto, real, conocido de carácter objetivo y que, como se ha dicho, forma parte del todo que, precisamente, es la prueba indiciaria. Entonces, no se pueden identificar y menos superponerse el indicio a la prueba indiciaria.

El *indicio*[167] que proviene de la voz *indicium*, es aquel dato real, cierto, concreto, indubitablemente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum.*[168] El mismo MIXÁN MÁSS[169] agrega que el indicio "es un Dato real e indubitable que contienen una fuente cognitiva primera y fecunda, cuyo significado tiene la aptitud para conducir al descubrimiento, metódico y discursivo del "Otro dato" que es, o un elemento o una circunstancia de aquello que es Objeto del procedimiento; descubrimiento que ocurre sea en la Etapa de Investigación o durante la actividad probatoria del Juzgamiento".

Se parte de la existencia de un hecho o fuente de prueba y la relación lógica entre ese hecho y el que se quiere demostrar. Se trata

167 Respecto a este elemento la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad 1912 – 2005/ Piura - precedente vinculante, en razón al Acuerdo Plenario 1 – 2006/ESV – 22, de fecha 13 de octubre de 2006-, ha señalado que *"(a) éste –hecho base- ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley- pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento alguno, (b) deben ser plurales [...], (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato a probar [...], (d) y deben estar relacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia [...]"*

168 MIXÁN MÁSS, F., *Prueba indiciaria*, cit. p. 21.

169 MIXÁN MÁSS, F., *"Indicio. elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria"*. Ediciones BGL. Trujillo. 2008. p. 30 y ss.

pues de todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y en general todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencias, al conocimiento de los otros hechos desconocidos[170]. El elemento fundamental en la prueba indiciaria es el razonamiento lógico que consiste en deducir o inferir de un hecho probado otro que no lo está[171].

5.2.2. Clasificación de los Indicios

La doctrina reconoce determinadas clases de indicios, los mismos que se pueden clasificar en atención a ciertos elementos comunes. Así tenemos: *indicios generales* y *particulares*, dependiendo si se refiere a todo delito o alguno en particular; *manifiesto, próximo y remoto*, si el indicio se encuentra en la escena del crimen, o expresa una relación no necesaria con el hecho indicado o cuando expresa alguna relación concomitante con el hecho o la persona del imputado o agraviado: antecedentes, informes anteriores, etc.; *indicio concomitante, subsiguiente y antecedente*, cuando se acompaña un dato cierto, real al delito mismo, o cuando se manifiesta en la realización de un hecho posterior de un delito (planes de fuga, desaparición de huellas) o cuando los hechos evidencias hechos anteriores al delito (amenazas, adquisición de armas, etc.); indicio por *móvil*, por *capacidad*, por *predisposición*, por la *oportunidad* para delinquir, por su *capacidad intelectual* en los llamados delitos informáticos; o por la *circunstancia propia de soledad* entre el agresor sexual y la víctima. Por las *huellas materiales* u objetivas que deja el agente del delito, o "tarjeta de presentación" del autor, también los indicios por las *manifestaciones anteriores y posteriores al delito*, referidas a la conducta del agente antes y después del delito; *indicio de lugar*;

El *contraindicio* que no es sino el hecho también indicador que atacan a los indicios y genera el cuestionamiento de los datos exis-

170 DELLEPIANI, A. *Teoría General de la Prueba*, p. 96, cit. por DEL VALLE RANDICH, *Medios de prueba en el proceso penal*, p. 178.

171 MARTINEZ RAVE, G. *Procedimiento Penal Colombiano*, cit. p. 54.

tentes. En este sentido, se busca anular al indicio inicial y puede ser ocasional o también preparado o llamada *coartada*. Pueden existir dos datos indiciarios que se contraponen, por ejemplo, respecto del lugar o tiempo del delito y su relación con el imputado; o pueden dejarse ciertos objetos o acondicionarse la escena del crimen o prestar declaraciones anteriores o hacer uso de técnicas modernas precisamente para evitar cualquier sospecha sobre la autoría del delito o hacer que éstas se orienten hacia otras personas, etc. De esta manera, se posibilita el entorpecimiento en la labor judicial, por lo que la labor del Juez adquiere singular importancia en la contrastación de éstos indicios con los demás elementos de prueba.

El *indicio perfecto*, no es sino aquél que permite cumplir la verificación de hecho indicado mediante el razonamiento debido.

5.2.3. Elementos de la prueba indiciaria

El nuevo CPP introduce la prueba indiciaria dentro de las disposiciones relativas a la valoración de la prueba, específicamente en el artículo 158.3 precisando los presupuestos de la prueba por indicios, que ya nuestra doctrina se ha encargada de desarrollar, especialmente a partir de los trabajos del profesor Florencio MIXÁN MÁSS. Conforme a la referida disposición:

"Art. 158. Valoración:

3. La prueba por indicios requiere:

a. Que el indicio esté probado.

b. Que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

c. Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes."

1. Un hecho indicador.

Es aquel hecho o circunstancia que nos "indica" y que se convierte el elemento predominante de la actividad probatoria, es la fuente de prueba. Es el indicio, que debe ser auténtico y debidamente probado. Puede ser un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. Debe ser un dato cierto inequívoco e indivisible, *contrario sensu*, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria.[172]

2. La relación o inferencia lógica.

Constituye el razonamiento que se hace sobre el hecho indicador siguiendo las reglas de la lógica. Se analizan, se interpretan los indicios a efecto de llegar a conclusiones basadas en las reglas de la ciencia y de la experiencia.

La inferencia que se realiza debe apoyarse en una ley general y constante, y permite, según la lógica de su razonamiento, pasar desde le estado de ignorancia, sobre la existencia de un hecho, hasta la certeza, superando los intermedios de duda y probabilidad[173]. Enseña MIXÁN MÁSS las reglas del silogismo categórico y también las reglas de la inferencia condicional, pero asimismo, que resulta ineludible e impostergable la necesidad de la lógica para obtener correctamente el "argumento probatorio" que se refleja en las conclusiones de las inferencias realizadas válidamente; de lo contrario, "se incurrirá en falacias o paralogismos que irremediablemente son casos típicos de razonamientos incorrectos"[174].

172 MIXÁN MÁSS, F., *Prueba indiciaria*, cit. p. 21-22.
173 MARTINEZ RAVE, G. *Procedimiento Penal Colombiano*, cit. p. 59.
174 MIXÁN MÁSS, F., *Prueba indiciaria*, cit. p. 38-41.

3. El hecho indicado.

Se trata del otro hecho, es decir, aquel hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir y al que se llega mediante el empleo de la inferencia. Es el dato que quiere en la investigación judicial y sobre todo al momento de la valoración de la prueba en conjunto.

Siguiendo a MIXÁN MÁSS se trata de *indicios contingentes* cuando para su eficacia son exigibles los requisitos de pluralidad, concordancia y convergencia; es decir, plurales cuando existen dos o más indicios; concordantes, que exige que los indicios sean compatibles entre sí, es decir, que no tengan significados divergentes, sino que constituyan en un todo coincidente; y convergentes en el sentido de que las fuentes indiciarias obtenidas de "Indicios Contingentes" "incidan sobre el mismo *"dato indiciario"* que se trata de descubrir (por ejemplo, al mismo lugar, tiempo, aspecto, fenómeno, propósito, hábito, estilo de vida, personalidad, dimensión, acción, omisión, oportunidad, etc., que es materia de indagación o prueba)" [175].

La ausencia de indicios negativos o contraindicios "consistentes" es de exigencia por el legislador. Se trata de indicios que se oponen a los datos indiciarios, debilitándolos o eliminándolos; de allí que sea necesaria su debida identificación y análisis; puede ser auténtico, casual o falsificado. [176]

5.2.4. Otras características.

a. La acreditación del indicio a través de prueba directa. El indicio debe ser probado; se excluyen las presunciones o meras sospechas[177] o las apariencias o impresiones resul-

175 MIXÁN MÁSS, F., *"Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria"*, citada, p. 122 y ss.

176 MIXÁN MÁSS, F., *"Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria"*, citada, p. 123. Véanse los casos que presenta el procesalita peruano sobre los supuestos de contraindicio.

177 Ej. Suprema de 2 de abril de 1997, S.P. "C" Cons. Nº 4296-95; en ROJAS VARGAS, cit. p. 288.

tantes de sindicaciones[178] que no han sido constatadas en el proceso penal.

b. Los indicios deben ser sometidos a constante verificación para su acreditación y su capacidad deductiva; se busca evitar, en lo posible, la incidencia del azar y la posibilidad de su falsificación.

c. Los indicios deben ser independientes, a fin de evitar la utilización que de un único indicio, que acreditado por distintas fuentes, se presentan como plurales en la acreditación del hecho-consecuencia.

d. La pluralidad de indicios es importante para afirmar la certeza y evitar error en la apreciación de la prueba. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha considerado determinados criterios relacionados con las circunstancias propias del delito, la actitud de los imputados y de sus propias declaraciones, como: el móvil, la participación comisiva, de actitud sospechosa, de mala justificación, de capacidad comisiva; o de indicio de actitud oportuna.

e. Los indicios deben ser concordantes entre sí de manera tal que permitan alcanzar una conclusión; si uno de ellos fuera distinto o divergente, la prueba indiciaria perderá su eficacia y posibilita la duda razonable.

La conclusión ha de ser inmediata, sin que sea admisible que al hecho consecuencia puede llegarse a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

178 Ej. Suprema de 19 de Noviembre de 1998, Exp. N° 4073-98, Lambayeque; en ROJAS VARGAS, cit. p. 290.

Capítulo V

BÚSQUEDA DE PRUEBA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

I. ASPECTOS GENERALES

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo modelo procesal penal estructura la actividad probatoria de manera amplia con bases constitucionales y supranacionales bastante claras, resaltando sus principios; sus características; la forma de la obtención, incorporación y valoración de la prueba.

La estrategia de investigación, diseñada por el representante del Ministerio Público, por excelencia, debe estar orientada a la búsqueda de fuentes de prueba, las cuales servirán para adoptar medidas propias de las etapas de investigación e intermedia (adopción de medidas cautelares, acusar, etc.).

Por su parte, la actividad probatoria, también comprende aquellas diligencias de investigación que suponen la búsqueda de fuentes de prueba que, potencialmente, implican la afectación de derechos fundamentales de la persona. SAN MARTÍN CASTRO señala que existen diligencias de averiguación directas, que no afectan derechos fundamentales relativos; y "otras que comportan limitaciones de esos derechos fundamentales relativos, de suerte que sus requisitos -por tratarse de actos constitucionales garantizados- están definidos directamente por la Constitución y sometidos a determinados principios."[179]

179 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, en Rev. Actualidad Jurídica, N° 144, Lima, p. 251.

Por ello es importante destacar dos presupuestos necesarios: primero, que las medidas restrictivas resulten indispensables para los fines de investigación y conforme a ley; segundo, que la medida debe ejecutarse con las garantías debidas para la persona afectada.

2. CONCEPTO

En el texto del código procesal penal, se han distinguido diversas clases de actuaciones que implican la restricción de derechos fundamentales. Este capítulo comprende aquellas diligencias de investigación que son útiles para la prevención y/o comprobación del delito, evitar la fuga o el ocultamiento de bienes relacionados con el delito, que permitan tener un mejor conocimiento de los hechos acontecidos, pero que afectan o restringen los derechos fundamentales de la persona. Unas serán medidas instrumentales restrictivas de derechos y otras medidas provisionales con función cautelar, aseguradora de la prueba o tuitiva-coercitiva.[180]

3. PRINCIPIOS

A decir del profesor argentino BINDER[181], los principios y garantías buscan evitar el efecto de un desborde del poder punitivo del Estado, y además impiden utilizar técnicas de averiguación de la verdad prohibidas, por contravenir el procedimiento constitucionalmente legítimo, ya sea porque violan el contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas o porque se haya establecido con la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional, establecida a favor del procesado.

La restricción de derechos fundamentales del sujeto en la búsqueda y obtención de fuentes de prueba en el contexto de un proceso

180 SAN MARTÍN CASTRO, C., *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, citado, p.251.

181 BINDER, Alberto M. – PÉREZ GALAMBETA, Alfredo – MIXÁN MÁSS, Florencio – BURGOS MARIÑOS, Víctor - Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad CERJUDEL, *"Reforma del Proceso Penal en el Perú"*, BLG Ediciones, Trujillo-Perú, 2005, pp.49.

penal, debe estar informada de los siguientes principios: legalidad, suficiencia indiciaria, jurisdiccionalidad, motivación y proporcionalidad. El cumplimiento cabal de esos principios legitima la intervención de los órganos estatales durante la investigación; lo contrario -cuando estos no se hayan cumplido- significa una intromisión abusiva que determina la inutilidad de dichos actos de investigación, y que, además, da lugar a las sanciones previstas por ley.

3.1. Principio de legalidad

Toda intromisión a los derechos fundamentales de la persona debe estar previamente diseñada en las leyes correspondientes. La previsión legal de la *limitación de un derecho fundamental constituye* una garantía a favor del afectado; sin embargo, no sólo debe estar prescrita la posibilidad de su adopción sino los presupuestos de su aplicación, su contenido y sus limitaciones. La ley debe estar en condiciones de responder a las siguientes *interrogantes: cuándo, cómo, cuánto, se limita* un derecho fundamental. El Código Procesal recoge este principio en los siguientes términos: "Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado." (art. 202).

3.2. Principio de suficiencia indiciaria

Para tomar la decisión de limitar un derecho fundamental, en el marco de un penal se exige que existan elementos, datos concretos de que el delito efectivamente fue cometido. Esta exigencia implica que se debe contar con un mínimo de sustrato indiciario, es decir datos objetivos, plausibles, no meras sospechas infundadas de la comisión del delito.

3.3. Principio de jurisdiccionalidad

En principio, sólo los órganos jurisdiccionales están facultados para restringir derechos fundamentales; sin embargo, es necesario pre-

cisar que existen determinados actos que pueden ser dispuestos por parte del Fiscal o la Policía, cuando este de por medio el éxito de los resultados de la investigación u otros intereses (Ej. El allanamiento policial en caso de flagrancia).

3.4. Principio de motivación

El deber de motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional. En ese sentido el código procesal penal, en su artículo 203 resalta como un presupuesto necesario que: "La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada". Sin embargo, tal exigencia no sólo es predicable para las resoluciones judiciales, también lo es para los requerimientos fiscales.

3.5. Principio de proporcionalidad

SAN MARTÍN CASTRO[182], incorpora los principios precitados, como sub-principios del principio de proporcionalidad. Aunado a ellos, el mismo autor, menciona otra categoría de sub-principios tales como: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, los mismos que son intrínsecos a la medida limitativa de derechos. Este último grupo de sub-principios mencionados, a nuestro entender, son los que dotan de contenido esencial al principio de proporcionalidad.

El sub-principio de idoneidad exige que la medida a adoptar deba ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos. Por su parte el sub-principio de necesidad implica que, en el caso concreto, no se hubiera podido elegir otra medida menos gravosa, que tengan la misma efectividad. Por último el sub-principio de proporcionalidad estricta importa que la intensidad de la lesión sea proporcional a la gravedad de la infracción cometida.

182 SAN MARTÍN CASTRO, C., *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, citado, p.251.

II. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN PARTICULAR

Algunas de las medidas son nuevas y quizás por ello resulten de difícil aceptación, por la restricción de derechos que implica, sin embargo, se confía en la comprensión ciudadana en atención a los fines que se persiguen.

El código reconoce medidas que no requieren autorización judicial, tales como: el control de identidad policial, videovigilancia y las pesquisas; y aquellas que sí necesitan autorización judicial, entre las cuales están: la intervención corporal (que también puede ser dispuesta por el Fiscal, cuando medie urgencia y peligro en la demora), el allanamiento (fuera de los casos de flagrancia), la exhibición forzosa, la incautación, el control de comunicaciones y documentos privados, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, aseguramiento e incautación de documentos privados, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la clausura o vigilancia de locales e inmovilización.

1. CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL

La libertad de la persona constituye un derecho fundamental consagrado constitucionalmente. La libertad ambulatoria, por su parte, como parte integrante del contenido del derecho a la libertad, se encuentra reconocida en el artículo 2.24 de la Constitución cuando se prevé que nadie será detenido sino por mandato judicial motivado o por la policía en caso de flagrante delito. Resaltando este derecho se establece que no se permite *forma alguna* de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (art. 2°.24 Constitución), lo que significa que la misma ley constitucional posibilita la restricción de la libertad atendiendo a los supuestos que el legislador considera necesarios para determinados casos, cautelando asimismo, los derechos que la misma constitución regula a favor de las personas.

La naturaleza propia del proceso penal, sobre todo, en fase de investigación, exige, a menudo, establecer diversas formas de restricción

de la libertad de las personas. Tal es el caso del control de identidad policial, que, conforme a su regulación, constituye una diligencia estrictamente de naturaleza policial que tiene por finalidad identificar debidamente a una persona que conoce, o que ha participado de los hechos, materia de investigación penal, con fines de esclarecimiento e incluso de acciones preventivas de delito. Entonces, la decisión para esta forma de control de la identidad debe de sustentarse en razones de urgencia, utilidad y necesidad para la investigación y prevención del delito[183].

1.1. Concepto

Se trata de una forma de restringir un derecho fundamental para permitir una investigación más inmediata y acorde con las necesidades del caso. Como su nombre lo indica, se busca conocer la identidad de las personas que se encuentran en relación mediata e inmediata con los hechos que son sometidos a investigados inicial, sean dichas personas potenciales testigos y, por que no, quizás también involucrados directa o indirectamente en el hecho. De tal suerte que, bajo determinadas reglas de control de identidad previstas en los artículos 205 y 206 del código procesal penal, se proceda a la verificación correspondiente.

En tal sentido, el artículo 205 del nuevo código establece que la policía "en el marco de sus funciones de investigación, y sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible."

El primer presupuesto que ha de tenerse en cuenta en esta nueva forma de procedimiento preliminar, es que, para dicho control, la policía debe de actuar en el ámbito de sus *funciones de investigación*, es decir, tratándose de algún hecho delictuoso que ha ocurrido, una denuncia u

183 Véase la Directiva para el desempeño funcional de los Fiscales en la aplicación de los artículos 205 al 210 del Código Procesal Penal, aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 029-2005-MP-FN, de fecha 6 de enero de 2005.

operativo policial, sea o no dispuesta por la autoridad fiscal, es decir, las mismas circunstancias de la investigación son las que permiten tomar la decisión. En consecuencia, no se trata de que a cualquier efectivo se le ocurra intervenir a una persona y solicitarle sus documentos porque sospecha de un delito o que ha intervenido en cualquier delito, sino qué tienen que existir datos objetivos para presumir aquello.

Si bien es cierto quizás la norma no sea muy clara -la corrección siempre es posible- la finalidad ha sido de aseguramiento de la identidad de personas o de elementos vinculados con un delito dentro del marco de una investigación. Como ya se ha dejado establecido, las limitaciones de derechos obedecen al principio de suficiencia indiciaria en el marco de la investigación penal. No habría argumentos sólidos para pensar en un eventual abuso de autoridad.

El segundo presupuesto radica en la *necesidad de la intervención*, sea para averiguar un delito o prevenirlo, lo que hace de tal diligencia una medida indispensable para sus objetivos. En tal sentido, se practicará cuando sea necesario recabar información útil e importante para la investigación del delito, contrario sensu, si la policía cuenta con los elementos probatorios del caso, la adopción del control de identidad deviene en innecesaria. Pero también es del caso hacer uso de la misma medida para acciones de prevención del delito, entendiéndose como tal aquellas acciones dirigidas a controlar e impedir la delincuencia en sus diversas modalidades, así como evitar la probable comisión de hechos delictivos si no se actúa con la debida oportunidad y diligencia.[184]

1.2. Reglas en el desarrollo de esta medida

Esta nueva institución tiene a su vez otras reglas y las podemos resumir en las siguientes:

a. El pedido de identificación de la persona se realiza *in situ*, es decir, en el lugar de la intervención policial. Se le pedirá sus do-

184 Directiva para el desempeño funcional de los Fiscales en la aplicación de los artículos 205 al 210 del Código Procesal Penal, citado anteriormente.

cumentos de identidad e incluso se le dará las facilidades para que las pueda encontrar y exhibir, y una vez constatada la identidad, es decir, que su documentación esta en orden, se le devolverá el documento y se autorizará su alejamiento del lugar. La disposición no exige levantamiento de acta, pero puede tomarse sus datos de identidad, sin necesidad de levantar acta.

De otro lado y en cualquiera de los casos que prevé la ley, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la policía al momento de la intervención cuente con los instrumentos informáticos necesarios para proceder a la identificación de las personas y de esa manera reducir sustancialmente el tiempo.

b. La persona intervenida tiene derecho a conocer de la identidad del policía que le requiere de sus documentos así como la dependencia en la que ejerce funciones. Lo que resulta natural e incluso necesario en atención a los derechos que le asisten a cualquier persona.

c. De existir motivo fundado de que la persona intervenida resulte vinculada con el delito que se investiga, se procederá a su registro personal, equipaje o vehículo, levantándose *acta* en caso de que el resultado sea positivo detallando los objetos encontrados relacionados a la investigación así como la identidad de las personas participantes. Los elementos de juicio o indicios deben ser muy importantes para proceder de esta manera. Aún en el caso de resultar negativa la intervención puede dejarse *constancia* de lo ocurrido.

d. Dependiendo de la gravedad del hecho que se investiga y cuando el intervenido no pueda exhibir su documento de identificación, será conducido a la dependencia policial más cercana con fines exclusivos de identificación: toma de huellas digitales y verificación de requisitoria.

e. La persona conducida a la dependencia policial referida en el caso anterior tendrá derecho a comunicarse con un familiar u otra persona. No puede ser ingresado a calabozo ni celda, tampoco en contacto con personas detenidas. La persona conducida no es imputada y por lo tanto no puede ser tratada como tal, ello incluye

la prohibición del uso de esposas para su conducción. Tampoco puede ser considerada como detenida aún cuando en la práctica se restringe su libertad, como se ha dicho, dentro del marco legal y solo con fines de identificación.

f. Este procedimiento de conducción a la dependencia policial debe de durar sólo por un máximo de cuatro horas, a cuyo término de la diligencia de identificación, la persona debe de retirarse de la dependencia. Una decisión policial distinta puede generar la interposición de una acción de garantía. Por lo mismo, la norma procesal establece que el traslado de la persona debe ser a la dependencia policial *más cercana.*

g. La Policía debe de llevar un Libro Registro de Identificación Policial, donde conste el motivo, las diligencias y la duración del procedimiento. Ello permitirá tener un control de las diligencias policiales de esta naturaleza en cada dependencia policial.

h. Para fines de identificación o cuando sea necesario para las finalidades del juicio oral, se podrá tomar fotografías de la persona imputada, para lo cual se requiere de su consentimiento y en caso de negativa se deberá obtener expresa orden del Fiscal, levantándose acta. Esta disposición prevista en el apartado 5 del artículo 205 no resulta clara pues debemos entender que la mención a *imputado* resulta como consecuencia de la misma diligencia de intervención de persona vinculada con el delito pero de la que se desconoce su identidad, y de aquella persona que intervenida con fines de identificación se encuentren elementos de juicio que posibiliten su relación con los hechos que se investigan.

1.3. Intervención fiscal

En los casos que la diligencia policial se realizare con la intervención del Fiscal, dicha autoridad podrá cuidar de la legalidad y regularidad del procedimiento. En tal sentido, la Directiva emitida por la Fiscalía de la Nación establece que el fiscal tomará conocimiento de los controles de identidad policial de oficio, por noticia de la autoridad policial o por queja de cualquier ciudadano que considere vulnerados

sus derechos y deberá cuidar que se hayan realizado con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y respeto de la dignidad de la persona.

Pero además, para estos casos y para el registro de personas expresamente establece que el fiscal verificará:

a. La debida identificación del efectivo policial que interviene, su dependencia policial e incluso, de ser el caso, la placa del vehículo utilizado en la diligencia de intervención.

b. El documento de identidad presentado por la persona intervenida, sea DNI o carné de extranjería o pasaporte, si fuera extranjero, licencia de conducir, libreta militar, partida de nacimiento o cualquier otro documento que permita su identificación en el momento. Ello amplia el marco de documentos que puedan ser útiles para la identificación inmediata de la persona intervenida.

c. Las facilidades que la policía brindó al intervenido para la ubicación y exhibición de los documentos de identidad.

d. La devolución de documentos a las personas debidamente identificadas y su autorización para el retiro del lugar.

e. Si la intervención fuere arbitraria dispondrá la devolución de los documentos y el cese de la restricción de la libertad del intervenido, además, procederá conforme a ley respecto del efectivo policial que intervino.

f. En las dependencias policiales verificará el registro de la persona intervenida en el Libro – Registro, las razones de su intervención y traslado; el tiempo de permanencia; si fue informado de su derecho de comunicación con un familiar u otra persona; que no haya ingresado a una celda o calabozo; si el intervenido accedió voluntariamente a la toma de impresiones digitales con fines de identificación; si el intervenido es un requisitoriado que sea puesto a disposición de la autoridad requirente.

g. En el caso de registro personal, vestimenta, equipaje, bultos o vehículos, ante la sospecha fundada de hecho punible (art. 205.3), verificará el levantamiento del acta y la comunicación al Fiscal;

si se trata de registro de la vestimenta de la persona, verificará el cumplimiento de las formalidades del art. 210 de la ley procesal; verificar la existencia de objetos o especies relacionados con delito y el aseguramiento de los mismos con indicación de la persona responsable; verificar que el intervenido haya autorizado la toma de fotografías o mediciones.

1.4. Controles policiales públicos en delitos graves

Además de lo dispuesto en la norma que se comenta, también se ha previsto los controles policiales públicos (art. 206), es decir aquellas diligencias de persecución penal que tienen dos objetivos: a) se realizan para descubrir y ubicar a los partícipes en un delito causante de *grave alarma social* y b) para incautar de elementos probatorios (instrumentos, efectos o pruebas) útiles para la investigación del delito.

Esta forma de control comprende los lugares, vías o establecimientos públicos; se permite el control de identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos así como al registro vehicular. También se permite el control superficial de los efectos personales con la finalidad de que no porten sustancias o instrumentos peligrosos o prohibidos. La disposición señala que se debe dar cuenta al Ministerio Público.

En realidad, los controles policiales para casos como los señalados no deben ser objeto de mayores cuestionamientos si se entiende la necesidad de la actuación e investigación policial inmediata, en los casos donde se debe proceder y tomar decisiones con fines exclusivamente investigatorios.

Consideramos que éste caso, así como en el de control personal, la policía debe de proceder con sumo cuidado y con conocimiento del fiscal, sobre todo en los casos de controles públicos. Pero además la misma ley establece que el resultado de las diligencias, incluyendo las actas, se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Público (art. 206°.2) a fin de disponer las medidas o acciones correspondientes. En el mismo sentido, el Fiscal deberá verificar la existencia de los instrumentos o efectos relacionados con la comisión del delito o de las sus-

tancias prohibidas o peligrosas, en caso de incautación, las medidas de aseguramiento con indicación de la persona responsable; también debe verificar la regularidad y formalidad del Libro de Registro de Controles Policiales Públicos.

Cualquier exceso en la actuación policial debe ser corregido o sometido a las acciones correspondientes.

2. LA VIDEO VIGILANCIA

2.1. Concepto

La videovigilancia constituye otra forma especial de investigación policial para los casos de crímenes violentos, graves o de organizaciones delictivas, en donde el Fiscal autoriza a que la policía pueda: a) realizar tomas fotográficas o registrar imágenes; y b) utilizar otros medios técnicos determinados para la investigación u observación del lugar de residencia de la persona investigada. (art. 207.1). Por el empleo técnico de este acto de investigación policial, su inmediatez, necesidad e irrepetibilidad, el contenido de las cintas o soportes magnéticos o fotografías o sonidos grabados en diligencia de videovigilancia tiene naturaleza de *prueba preconstituida*.

Como no puede ser de otra forma, la utilización de tales sistemas de reproducción mecánica de imagen y sonido ha de ser respetuosa con el principio de proporcionalidad, con el derecho al honor y la intimidad.[185] Debe de recordarse que nuestra Constitución consagra el derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (art. 2°.7).

El legislador permite distinguir dos clases video vigilancia: 1) las que se realizan en lugares públicos, que son decididas por el Fiscal; y 2) las que se realizan en el interior de inmuebles o lugares cerrados, que son autorizados por el juez (art. 207.3).

185 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Colex, Madrid, 2004, p.361.

2.2. Ámbito de aplicación

El principal presupuesto para el empleo de la videovigilancia en sus distintas formas radica en la *gravedad* de los hechos sujetos a investigación, como lo constituye el delito de secuestro, extorsión, homicidio calificado, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, corrupción de funcionarios, terrorismo, trata de personas, entre otros.

También comprende organizaciones dedicadas a determinados delitos como los ya indicados u otros, como por ejemplo, aquellos dedicados al robo de vehículos o de pasajeros de transporte público, o tráfico internacional de drogas, etc.

Como se podrá apreciar, se posibilita a la autoridad policial de los medios técnicos necesarios para la lucha contra la delincuencia grave y especialmente contra el crimen organizado, pero bajo control fiscal y judicial y en observancia a principios tan importantes como la razonabilidad, proporcionalidad y respeto a los derechos fundamentales de la persona, especialmente el derecho a la dignidad e intimidad de las personas. Por ello es que las autoridades judiciales deben de decidir su ejecución con mucha cautela, eliminando aquellas fotografías, imágenes o audios que no correspondan a los fines de la investigación o afecten a terceros.

2.3. Ejecución

Cuando concurra ese presupuesto, la autoridad policial podrá hacer uso de cámaras fotográficas o de filmaciones con fines investigatorios y realizados por el personal especializado, incluyéndose dentro de este apartado los controles de vídeo que la policía tiene ubicados en lugares públicos, que, desde luego, tienen contenido y valor probatorio. Sobre este último aspecto, resulta ilustrativo lo resuelto por la jurisprudencia española, pues el Tribunal Supremo ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que se necesita autorización judi-

cial para la captación clandestina de imágenes y sonidos en domicilios o lugares privados.[186]

Los medios, del apartado b) del artículo 207.1, son muy específicos y a la vez especiales, pues van a exigir el empleo, quizás, de los mismos mecanismos técnicos o sofisticados que los usados para captar imágenes de video, fotos o voces, pero dentro del inmueble donde se encuentra la persona investigada; de allí la exigencia de autorización judicial. Estos casos deben ser reservados a delitos muy graves.

2.4. Intervención Fiscal

Estas medidas se disponen por el fiscal, de oficio, o a pedido de la policía o autorizadas por el juez y se realizarán sobre la persona investigada y también sobre otras personas, si éstas estuvieran relacionadas con los imputados o sean necesarias para cumplir con la finalidad de la investigación. Se precisa que tales diligencias especiales se realizan sin conocimiento del afectado.

En el caso de que la decisión corresponda la Ministerio Público, el Fiscal deberá emitir una Disposición de procedencia o improcedencia, la que debe ser motivada y bajo los principios de razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad y necesidad de la investigación; en cuanto a los límites de su utilización, la ley establece que se siga el procedimiento previsto por el artículo 230 referido a la intervención telefónica.

De acuerdo con la misma Directiva del Ministerio Público, el Fiscal designará al personal a cargo del procedimiento de videovigilancia y al responsable de su registro y custodia, con la obligación de mantener la confidencialidad e integridad de las tomas o registros de las imágenes o sonidos. En la práctica, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley procesal, la policía levantará un acta de registro de imágenes de video, precisando los presupuestos de su ejecución (delitos violentos, graves u organizaciones delictivas), el lugar donde se realiza la diligencia, el lugar donde se realizó la grabación, la autorización, la transcripción de los hechos registrados en la grabación en video, precisando los días,

186 Véase la cita en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 361.

horas y detalles de que se observa y la identificación y firma de los policías que han intervenido en la diligencia.

Recibida la toma o registro original por el Fiscal, cuidará de su conservación, disponiendo las medidas de seguridad, además, dispondrá la trascripción escrita de los registros de imágenes. También se establece que ejecutada la videovigilancia y culminadas las investigaciones se podrá poner lo actuado en conocimiento del vigilado siempre que el objeto de la investigación lo permita y no se ponga en peligro la vida o integridad física de terceros. Es posible mantener esta diligencia en secreto, señalando el plazo de reserva y con la confirmación de la autoridad judicial; también lo está la expedición de copias.

3. LAS PESQUISAS, LA RETENCIÓN Y EL REGISTRO DE PERSONAS

3.1. Las pesquisas

3.1.1. Concepto y naturaleza

Las pesquisas son actividades estrictamente de naturaleza policial que consiste en la búsqueda de objetos, elementos de prueba o de personas vinculadas con un hecho delictivo que se investiga. En tal sentido, la policía en su función investigadora busca información, datos, huellas, recopila objetos o efectos materiales, gráficos, fotografías, etc. para el esclarecimiento del delito o para conocer el paradero del imputado o partícipes.

El código procesal penal, en su artículo 208°. 2 señala que la pesquisa tiene por objeto "comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y otros efectos materiales que hubiere, con utilidad para la investigación".

No consideramos que las pesquisas tengan el carácter de diligencias mínimas y necesarias para evitar la "desaparición" de pruebas, indicios y vestigios como lo sostiene la Directiva del Ministerio Público para éstos casos (art.3), pues la nota distintiva radica en la *búsqueda* de elementos de prueba o información útiles, etc.,

o la comprobación de las personas, lugares, los rastros y efectos materiales para la investigación del delito, como lo señala la ley; pero sí coincidimos, cuando precisa que cuando se compruebe el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y efectos materiales de utilidad para la investigación dispuesta por el fiscal, se levantará acta.

3.1.2. Desarrollo de la medida

La ley procesal en el artículo 208°.1 establece que la policía, de oficio, o dando cuenta al fiscal, o por su orden, "podrá inspeccionar o disponer pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en un determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga".

La policía puede actuar de oficio, pero dando cuenta al Fiscal o por orden de éste y en los casos donde la naturaleza de los hechos lo requiera. En tal sentido, busca rastros de delito, de la persona perseguida, de las pruebas, etc. Esta diligencia se complementa con la elaboración de planos, descripciones, fotografías o filmaciones que sean necesarias.

El acta deberá contener: la descripción exacta del lugar donde se realiza la pesquisa, el motivo y forma en que se llevó a cabo, el nombre de los policías y funcionarios judiciales que intervinieron; el nombre, características y estado de las personas, cosas, rastros o efectos encontrados; el levantamiento de planos de señales, descriptivos, fotográficos, y toda operación técnica e inventario que sean necesarios.

En el caso que se encontrare menores de edad se comunicará inmediatamente a la Fiscalía de Familia o Mixta a fin de que proceda conforme a sus atribuciones; y en los casos, donde la policía proceda por razones de urgencia sin disposición fiscal, verificará que el acta levantada contenga la información antes mencionada.

3.2. Retención

3.2.1. Concepto

Con fines estrictos de investigación policial, también se puede ordenar la *retención* de una persona "cuando resulte necesario que se practique una pesquisa", en tal sentido, dispondrá, dando cuenta al fiscal o por su orden, que las personas que se encuentran en la diligencia permanezcan en el lugar o que también pueda comparecer otras, lo que evidencia la retención de una persona por un tiempo estrictamente establecido de cuatro horas y para tales fines. Si se considera necesario prolongar dicho tiempo, se requerirá mandato judicial.

La persona sufre entonces una limitación o *interrupción* de su libertad ambulatoria por breve término a título de retención y es obvio que la autoridad policial y fiscal debe de tener fundados motivos para tal decisión. Naturalmente tales hechos deben ser registrados en el libro correspondiente.

3.2.2. Retención con fines de pesquisa

Cuando se produce la retención con fines de pesquisa el fiscal deberá verificar que la actuación policial cumpla con las siguientes formalidades: que haya informado a la persona el motivo de la retención así como los derechos que le asisten; que se haya identificado a la autoridad que dispuso la retención; que se haya identificado a las personas que comparecieron al lugar de la diligencia de pesquisa; que se hayan precisado las diligencias efectuadas con las personas detenidas; que la retención, por ningún motivo supere las cuatro horas y si hubieren indicios suficientes de que el retenido está vinculado está vinculado a la comisión de un delito, el fiscal deberá requerir de inmediato la orden judicial para extender el plazo de retención.[187]

187 Véase Directiva del Ministerio Público para el desempeño funcional de los Fiscales, citado, ap. 3.3.

Como se puede apreciar, se otorga a la policía determinadas facultades -siempre dando cuenta al Fiscal o actuando por su orden- con la finalidad de asegurar una averiguación debida y pronta del delito, teniendo en cuenta las distintas formas de criminalidad y la evolución que se aprecia de ésta en los últimos años, que impide, muchas veces, conocer del hecho en flagrancia delictiva.

Bajo esta misma circunstancia, si existen fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, la policía, conforme con la legislación procesal (art. 210°) procederá a registrarla. Naturalmente, previa a esta decisión, la policía invitará al intervenido a que las exhiba, en caso de negativa, procederá al *registro personal*, la misma que se realizará respetando la dignidad y pudor de la persona, incluso por efectivo del mismo sexo, salvo -como dice la ley- que ello importe demora en perjuicio de la investigación.

Esta diligencia se practica dependiendo de la naturaleza del hecho que se investiga, y cuando existan *fundadas razones* para presumir que la persona oculta en su cuerpo o ámbito bienes relacionados con un delito, lo que significa que se requiere de datos objetivos que justifiquen la afectación de la libertad y el pudor de la persona, en aras al descubrimiento de la verdad.[188] Por ejemplo, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, principalmente en la figura de los llamados "burriers", diligencia que se realiza en los aeropuertos o en vehículos de transporte público interprovincial, en donde -a veces- se debe de realizar el registro en las partes íntimas del cuerpo para comprobar el delito y la autoría; también los casos de contrabando, robo, secuestro, entre otros, y en los que sea necesario proceder al registro de la persona imputada o sospechosa con la finalidad de encontrar bienes u objetos relacionados con el delito.

188 CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexos, Sexta edición, Buenos Aires, 2008, p. 254.

En el caso de que se trate de distintas personas, se deberá proceder al registro por separado.

Como lo señala GIMENO SENDRA, se trata de *actos aseguratorios* de la prueba que recae sobre el cuerpo humano, pudiendo entenderse como *inspección corporal* cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano.[189] Por ello la exigencia de proceder respetando los derechos que le asisten a la persona intervenida.

Conforme a nuestro ordenamiento, el registro comprende no sólo el cuerpo y la vestimenta de la persona, que incluye los maletines, portafolios, equipos informáticos personales o lo que lleva entre sus manos, sino también su equipaje, bultos o el vehículo que utilizare como medio de transporte que, entendemos, debe poseer dominio. En cualquier caso, la policía actuará dando cuenta al Fiscal o por su orden y respetando el derecho que tiene el intervenido a que en dicha diligencia participe una persona de su confianza, siempre que se la pueda ubicar "rápidamente y sea mayor de edad". Este último presupuesto puede resultar difícil de satisfacer, según las circunstancias del hecho o la manera de ubicar a la persona elegida. Ciertamente, sólo se establece se "le indicará el derecho" que tiene, pero no se afirma que sea obligatoria la presencia del testigo en la diligencia. Entendemos que atendiendo a la afectación al derecho constitucional de la intimidad, se debe de cautelar esta diligencia, siguiendo los pasos que la misma ley señala: invitación a la persona intervenida a que entregue el bien u objeto buscado; hacer conocer al intervenido las razones de la ejecución del registro; hacerle conocer de su derecho a ser asistido por una persona de su confianza; la diligencia se realice por persona calificado. También consideramos que dada la naturaleza de esta diligencia, debe procurarse la intervención fiscal o de un testigo, pues la excepción se puede convertir en regla.

189 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p.378.

4. LA INTERVENCIÓN CORPORAL

4.1. Concepto

Esta diligencia puede entenderse como todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae determinados elementos para realizar sobre los mismos análisis periciales tendientes a averiguar el delito o la participación del imputado.[190] El mismo GIMENO SENDRA, siguiendo la doctrina alemana y atendiendo al grado de sacrificio del derecho a la integridad física considera que las intervenciones corporales se clasifican en a) leves o banales, aquellas que comprende la extracción de elementos externos del cuerpo humano: pelos, uñas, así como algunos internos, como la extracción de sangre (siempre que no genere peligro); y b) graves, que son aquellas intervenciones que pueden poner en peligro la salud u ocasionar sufrimientos a la persona.[191]

4.2. Clases de intervenciones

Nuestra legislación procesal regula la intervención corporal en los artículos 211° a 213° para tres casos: del imputado; de otras personas; y para la prueba de alcoholemia, y en todos ellos estableces reglas de procedimiento.

Tratándose de la *intervención corporal del imputado* se requieren determinados presupuestos: a) el examen debe ser útil para establecer hechos significativos de la investigación;[192] b) se requiere pedido del Fiscal y autorización del juez de la investigación preparatoria: y c) el delito debe estar sancionado con pena mayor a cuatro años. La autorización judicial comprende los análisis sanguíneos, las pruebas

190 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 379.

191 Idem, p. 380.

192 El Tribunal Constitucional español ha establecido que la finalidad que se persigue con la intervención corporal debe ser la de acreditar hechos constitutivos de infracción penal y no únicamente un hecho indiciario; "un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal." STC 207/1996, de 22 de enero.

genético-moleculares u otras intervenciones; también exploraciones radiológicas. Es necesario señalar que la decisión judicial respecto de la intervención corporal debe sujetarse escrupulosamente al principio de proporcionalidad.[193] La ley posibilita el examen aún sin contar con el consentimiento del imputado (art. 211°.1).

Pero además, la ley procesal establece una serie de características de esta diligencia que pasamos a mencionar:

a. El examen debe ser realizado por un médico o profesional especializado. En el ámbito de la investigación fiscal se deberá contar con los peritos médico-legales, caso contrario, se deberá acudir a especialistas en la materia.

b. No se practicará el examen si importa un daño grave para la salud del imputado, lo que debe de estar debidamente sustentado por los especialistas.

c. En el caso de intervención corporal de una mujer, esta podrá estar acompañada de otra mujer o un familiar.

d. En caso de urgencia o peligro por la demora, el Fiscal podrá ordenar el examen con cargo a que se recabe inmediatamente la confirmación judicial. Se entiende de casos donde no exista la posibilidad de generar alguna situación de riesgo en la salud del imputado.

e. Se notificará al abogado del imputado pero en su ausencia se podrá realizar la diligencia con la presencia de otra persona de confianza del imputado, siempre que pueda ser ubicada en ese acto.

f. Se establece que el fiscal o la policía con conocimiento de aquel, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabellos que no provoquen ningún perjuicio para su salud y siempre que el experto no la considere riesgosa. En caso contrario se so-

193 IGLESIAS CANLE, Inés. La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 Lecrim: La quiebra del principio de legalidad, en Investigación y prueba en el proceso penal, obra colectiva, Coordinador Nicolás González-Cuellar, Colex, Madrid, 2006, p. 177.

licitará orden del juez, para lo cual se deberá contar con un dictamen pericial que determine la ausencia de peligro.

g. Se levantará acta de la diligencia con la suscripción de las personas participantes.

h. La misma ley establece que tratándose de mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel, cabello que no provoquen perjuicio para la salud, el fiscal o la policía con su conocimiento, podrán autorizarlas, pero si hubiere riesgo se requerirá de orden judicial.

Un *segundo grupo* que puede verse afectado por las intervenciones corporales lo conforman otras personas que no son imputadas pero pueden ser examinadas, incluso sin su consentimiento, y en consideración de testigos (art.212°.1).

La misma ley establece que *siempre* que deba ser constatado, para el esclarecimiento de los hechos y se encontrare en su cuerpo determinada huella o secuela del delito. Con la misma finalidad de averiguación de la verdad y que no se afecte la salud, se posibilita la realización de exámenes de personas no imputadas, para establecer la descendencia así como la extracción de sangre, aún sin el consentimiento de la persona. Se establece también que los exámenes y la extracción de análisis sanguíneos sólo pueden ser realizados por un médico (art. 212°.2). Cabe rehusar estos exámenes y extracciones de análisis de sangre por los mismos motivos que existen para los testigos. Por último, si se tratare de menores de edad o de incapaces, la decisión corresponde a su representante legal y si se encuentra inhabilitado por ser imputado en el delito, la decisión corresponderá al Juez.

El *tercer grupo* de casos para la intervención corporal regulada por la ley comprende el examen corporal para la prueba de alcoholemia (art. 213°). La disposición procesal faculta a la policía para casos de prevención del delito o en intervenciones de control de conducción vehicular, a realizar comprobaciones de tasas de alcoholemia en *aire aspirado*. Si el resultado del examen es positivo o la persona presenta signos evidentes de haber consumido alcohol u otra sustancia prohibida, se procederá a la retención y conducción a un centro de control sanitario para realizar

la prueba sanguínea u otras, según la prescripción médica. Para la actuación policial en acciones de prevención y de control en conducción vehicular, se llevará un libro – registro donde constarán los datos pertinentes y se comunicará al Fiscal con un informe razonado de la intervención.

Como se podrá apreciar, la intervención policial viene justificada por los casos ya señalados para lo cual se deben de tomar los cuidados necesarios a efecto de infringir lesión a los derechos que le asisten a la persona y que no son objeto de limitación impuesta por la ley. Pero si se trata de una investigación regular de hecho con características de delito, la policía deberá proceder a la realización de dicha diligencia, haciendo conocer al imputado que tiene derecho a contar con la presencia de una persona de su confianza, siempre que la ubique rápidamente y sea mayor de edad. Dentro de esta comprensión, bien puede tratarse de su abogado defensor.

Es necesario señalar que esta forma de intervención corporal para la prueba de alcoholemia, por su inmediatez, no requiere autorización judicial, y también se puede proceder de la misma forma cuando la policía intervenga en la investigación de un delito, en cuyo caso, para efecto de la diligencia, debe procurarse la presencia del defensor del imputado o de una persona de su confianza, pudiendo prescindirse de los mismos por inconcurrencia o fundado peligro que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente (art. 213°.4).

5. EL ALLANAMIENTO

5.1. La inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental.

Lo primero que hay que sostener en el caso de esta diligencia policial es la naturaleza constitucional del derecho a la inviolabilidad de domicilio. En efecto, se establece que nadie podrá ingresar en el domicilio "ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración." Sin embargo, la misma norma constitucional señala las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo reguladas por la ley. (art. 2°.9).

En consecuencia, el derecho a la inviolabilidad de domicilio puede ser restringido en los casos de delito flagrante, orden judicial y por disposición de la ley. Interesa destacar en este apartado el allanamiento por mandato judicial y específicamente a solicitud del Fiscal.

5.2. Concepto

El allanamiento es una diligencia de naturaleza policial que tiene por finalidad el ingreso de la policía a un domicilio o inmueble con la finalidad de capturar a la persona investigada o evadida, también para incautar bienes u objetos relacionados con el delito. Para CABEZUDO BAJO, la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha de limitarse en numerosas ocasiones, en virtud de una entrada y registro, con el fin de practicar la detención del imputado, así como de preconstituir la prueba. Sigue: "Ambos objetivos y, especialmente, la plena eficacia de las pruebas obtenidas durante el registro, se alcanzarán, en la medida en que, junto con la observancia de los requisitos procesales (...) tales diligencias se realicen de conformidad con las exigencias derivadas de su consideración como restricción de derechos fundamentales y, en especial, del principio de proporcionalidad."[194]

En términos de CAFFERATA NORES, es el ingreso a una morada o local cerrado con el fin de practicar un registro -para encontrar cosas o personas vinculadas al delito- u otra actividad procesal.[195]

5.3. Presupuestos

De acuerdo con la ley procesal el allanamiento procede fuera de casos de flagrancia o de peligro inminente de su perpetración; requiere autorización judicial a pedido del fiscal y debe de satisfacerse determinados requisitos. Se exige que existan motivos razonables de que el imputado o la persona evadida se encuentran ocultos, o que se encuen-

194 CABEZUDO BAJO, María José, *La entrada y registro domiciliario en el proceso penal*, en Investigación y prueba en el proceso penal, bajo la dirección de Nicolás González-Cuéllar Serrano, Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 117.

195 CAFFERATA NORES, J, *La prueba en el proceso penal*, citado, p. 233.

tran bienes o cosas relevantes para la investigación. El allanamiento comprende el registro de la casa habitación, casa de negocio, recinto habitado temporalmente u otro lugar cerrado y procederá cuando sea previsible que el acceso al lugar por parte de la autoridad le será negado en un acto formal de función (art. 214°.1). Se afirma en doctrina que esta diligencia se rige bajo el principio de justificación teleológica que comprende dos actos procesales diferentes: 1) la entrada: la detención del sospechoso y/o registro; y 2)el registro y la prueba preconstituida.[196] De encontrarse la persona buscada se procederá a su detención, si hubiere orden judicial para ello; si se encontrare bienes u objetos relacionados con el delito, se procederá a la incautación.

La solicitud fiscal debe ser clara y precisa, indicará el lugar o lugares exactos del allanamiento su la finalidad; las medidas de coerción que correspondan, por ejemplo, detención de la persona investigada; la incautación de bienes u objetos y el tiempo aproximado de la diligencia. Los mismos datos deben de aparecer en la resolución judicial, además del nombre del fiscal autorizado; dicha orden tendrá una duración máxima de dos semanas, salvo que se haya expedido para un tiempo determinado. Es necesario precisar que la resolución judicial debe de sujetarse a una especial exigencia constitucional de motivación radicada en el juicio de ponderación que justifique la limitación del derecho fundamental afectado, además de observar los principios de proporcionalidad (relacionada con la gravedad del delito), idoneidad (útil para alcanzar la finalidad perseguida) y necesidad (si resulta la menos grave entre otras medidas).[197]

5.4. Desarrollo de la medida

En la diligencia, el fiscal podrá decidir el registro de las personas que están presentes o las que lleguen durante la diligencia, pero solo

196 CABEZUDO BAJO, María, La entrada y registro domiciliario en el proceso penal, citado, p. 122. Agrega la autora que el registro constituye un acto de investigación indirecto, en la medida en que permite la práctica de otros actos de investigación (reconocimientos periciales, declaraciones de testigos), pero su principal función reside en la recogida y aseguramiento de las fuentes de prueba.

197 Idem, p. 129.

cuando considere que las mismas puedan ocultar bienes delictivos; por lo mismo, también puede ordenar la *retención* fundamentando dicha medida (art. 217°.2). Lo más importante en la solicitud y decisión judicial es la verificación de los datos indicadores de la presencia del investigado o la existencia de elementos relacionados con el delito en el lugar donde se practicará la diligencia. Se debe de entregar copia de la autorización al imputado siempre que estuviere presente; si no están, a sus familiares; si no hubiera nadie, se dejará la copia a un vecino. A estas alturas, está claro que la diligencia se practica aún cuando el imputado o sus familiares u otras personas no estuvieren presentes en el lugar. Debe de agregarse que de lo actuado en la diligencia de allanamiento se dejará constancia en acta.[198]

6. LA EXHIBICIÓN FORZOSA E INCAUTACIÓN DE BIENES

6.1. Concepto

La exhibición forzada de bienes y su posible incautación constituyen también actos propios de investigación policial con fines de búsqueda de elementos probatorios, de averiguación del delito y determinación de sus autores y partícipes. Esta diligencia de investigación se decide cuando la persona se negare a exhibir o entregar el cuerpo del delito o los bienes relacionados con el mismo.

6.2. Presupuestos

La nueva ley procesal regula esta diligencia en los artículos 218 al 223 y establece que se requiere de autorización judicial, previa petición fiscal fundamentada, para que se obligue a una persona, sea propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro, a exhibir o entregar bienes que constituyan cuerpo del delito o de cosas relacionadas con él o que sean necesarios para el esclarecimiento de un delito. Sin embargo, tratándose de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración, la policía

198 Cabe señalar que el allanamiento también se puede realizar sin mandato judicial cuando se trate de flagrante delito, debiéndose dejar constancia de todo lo actuado en acta.

no requerirá ni solicitud fiscal ni orden judicial, pero deberá dar cuenta de la ejecución al Fiscal. La ley establece que cuando exista peligro por la demora, la exhibición o la incautación deberá disponerla el Fiscal; en todos los casos, el Fiscal deberá requerir del juez la resolución confirmatoria, lo que resulta lógico si conforme al nuevo sistema procesal, el juez de la investigación preparatoria actúa como juez de garantías.

La autorización judicial deberá contener todos los datos necesarios así como el nombre del fiscal, la designación del bien a exhibir o incautar; de ser necesario, también se puede autorizar para que se tomen fotografías, se obtengan copias o se filme o grabe la diligencia de exhibición o incautación de bienes relacionados con el delito (art. 219°.1).

6.3. Desarrollo de la medida

La diligencia se llevará acabo inmediatamente por el Fiscal con el apoyo policial, pudiéndose citar a las partes. Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud; en los casos de exhibición se cuidará de describir detenidamente el bien u objeto o documento. Corresponde al Ministerio Público identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado; asimismo, le corresponde determinar las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado (art. 220°.2).

Al igual de las diligencias anteriores, se debe de cuidar y respetarlos derechos que le asisten al imputada o persona a quien se le hacen las exigencias de exhibición o incautación.

6.4. Exhibición e incautación de documentos no privados

La norma procesal también se ocupa de la exhibición e incautación de documentos no privados (art. 224), en tal sentido, cuando una persona tenga en su poder actos y documentos requeridos se encuentra en la obligación de exhibirlos o entregarlos al Fiscal, así como todo objeto que detenten por razones de oficio, encargo, ministerio o profesión. En algunos casos puede tratarse de documentos públicos o de naturale-

za pública que se encuentran en poder de particulares o de funcionarios públicos, que son de interés para la investigación fiscal.

La ley procesal exceptúa los supuestos de secreto profesional o de Estado; en el primer caso, el Fiscal podrá hacer las indagaciones y si considera infundada la oposición para la exhibición o incautación hará su requerimiento a la autoridad judicial; en el segundo caso, el Fiscal deberá dirigirse al Presidente del Consejo de Ministros solicitando que confirme el carácter secreto de la información o documentación; si la respuesta es positiva y la prueba es esencial para la definición del caso, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria una audiencia, con intervención de las partes, a fin de que decida la clausura de la investigación por la existencia de secreto de Estado, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta la naturaleza de dicha información estatal y lo innecesario que resulta continuar con el proceso (art. 224°.3).

7. EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES. INTERCEPTACIÓN E INCAUTACIÓN POSTAL

7.1. La inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados como derecho fundamental

La Constitución Política consagra como derecho fundamental de la persona al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. El Tribunal Constitucional ha establecido que el concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo y lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello.[199] Textualmente establece la norma

199 STC, Exp. N° 2863-2002-AA/TC-LIMA, en la Constitución de 1993 a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, de BERMÚDEZ TAPIA, M., Ediciones Legales, Lima, 2ª edición, 2008. p. 75.

constitucional que "las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen" (art. 2°.10). Agrega la norma constitucional, que los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. La reserva constitucional permite la afectación de este derecho en los casos que la ley lo establece y previa decisión judicial.

7.2. Concepto

En efecto, la nueva ley procesal establece la posibilidad de que se pueda interceptar, incautar y abrir documentación pública o privada que se dirija al imputado de manera directa o indirecta, siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos que se investigan. Comprende las cartas, pliegos, valores, telegramas e incluso correos electrónicos, dirigidos al imputado o remitidos por él, aún cuando se encuentre con nombre supuesto, o de aquellos que se presumieran emanan de él o resulte ser el destinatario (art. 226).

7.3. Requerimiento fiscal y resolución judicial

Para tal efecto, se requiere de pedido formal y sustentado del Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria para la interceptación, incautación y apertura. Se trata de una diligencia estrictamente reservada, con fines propios de la investigación, suficientemente motivada y por el tiempo necesario que no podrá ser mayor al periodo de la investigación. Ante el pedido formulado, el juez resolverá reservada e inmediatamente, pudiendo impugnar el fiscal si su pedido es rechazado.

7.4. Ejecución de la medida

Si el juez acepta el pedido, se ordenará su ejecución por el Fiscal o éste podrá delegarla en un efectivo policial; se exige el examen del documento reteniendo aquellos que estuvieren relacionados con la in-

vestigación y serán solo abiertos por el Fiscal incautándose de ser necesario, caso contrario, los documentos serán devueltos a su destinatario. De todo lo actuado se levantará acta.

Es necesario señalar que una vez cumplida la diligencia y las investigaciones del caso, se hará conocer al imputado, quien podrá solicitar a la autoridad judicial, dentro de los tres días de notificado, el *reexamen* del caso. En este supuesto se procederá a la realización de una audiencia para efectuar el control judicial de la diligencia de interceptación e incautación de documentos, en otras palabras, el juez verificará si la diligencia ordenada se realizó correctamente y si la interceptación e incautación han comprendido comunicaciones relacionadas con la investigación (art. 228°).

7.5. Requerimiento a tercera persona

También se ha considerado al tercero que tiene en su poder tales documentos, debiendo ser requerido para que las entregue, bajo apercibimiento de ser sometido a investigación preliminar, salvo en los casos de estimarse secreto de Estado o se alegare inmunidad diplomática, en los cuales se procederá de manera preestablecida en la ley, es decir, solicitando información a la Presidencia del Consejo de Ministros e informe al Ministerio de relaciones exteriores (art. 229°).

8. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES

8.1. Derechos fundamentales e intervención

No cabe duda que el desarrollo de la ciencia y la técnica en materia de comunicación que comprende la telefonía fija y celular, el internet y otras formas de comunicación digital, han posibilitado la evolución de la sociedad en distintos ámbitos, sobre todo el empresarial, pero también ha permitido que la delincuencia, en especial la organizada, camine a pasos agigantados frente a las formas tradicionales de investigación criminal. En ese contexto, los Estados también han reaccionado

y se autoriza a través de las normas de desarrollo constitucional el uso de instrumentos que permitan la intervención de las comunicaciones en sus distintas manifestaciones, con la finalidad de búsqueda de fuentes de prueba que coadyuven a la investigación del delito aún cuando se afecten derechos de las personas, pero a la vez cuidando que tal afectación no sea desproporcionada.

El mismo artículo 2°.10 de la Constitución protege este derecho a las comunicaciones y telecomunicaciones que, conjuntamente con el derecho a la intimidad personal y familiar (inciso 7) constituyen el grueso de derechos que tienen las personas en el rubro de la comunicación y telecomunicación privada.

En materia procesal se regula la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones con la finalidad específica de investigación. MUÑOZ DE MORALES ROMERO la configura como "una intromisión de los órganos de persecución penal del Estado en el libre ejercicio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas del imputado o de las personas de las que éste se sirva para comunicarse (...) cuya finalidad consiste en la investigación y esclarecimiento de hechos delictivos, la identificación del delincuente, y en su caso en la posibilidad de utilizar las informaciones recopiladas como medios de prueba en el acto del juicio oral."[200]

8.2. Concepto

Se trata de una de las diligencias de investigación que requiere de un seguimiento puntual de los operadores para su debida aplicación, siguiendo las formas establecidas por la ley. CAFFERATA NORES señala que esta medida consiste en interferir las llamadas telefónicas efectuadas por el imputado o dirigidas a él, con la finalidad de enterarse de lo conversado (que podrá tener importancia probatoria) o impedir una conversación que podría obstaculizar la investigación.[201] Efectivamen-

200 MUÑOZ DE MORALES, Marta, *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas, en Investigación y prueba en el proceso penal*, citado, p. 139.

201 CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal*, citado, p. 262. Además precisa

te, esta medida restrictiva de derecho fundamental debe ser excepcional y cuidadosa de no afectar el derecho a la intimidad de las personas en los aspectos no sometidos a investigación. Asimismo, el Tribunal Constitucional sostiene que este derecho no sólo comprende la acción comunicativa que se pueda realizar mediante medios de comunicación, "sino también la comunicación interpersonal. Ésta está representada por las comunicaciones entre personas que se encuentran físicamente presentes en un lugar determinado."[202] Sobre este punto, MUÑOZ DE MORALES considera que lo que se protege no es el simple hecho de conversar, sino el derecho al secreto de las comunicaciones *a distancia* o telecomunicaciones, pues "lo que realmente ampara el derecho al secreto no son las conversaciones realizadas de persona a persona, sino aquellas otras realizadas a distancia porque sólo en estos casos el secreto está objetivamente garantizado desde un punto de vista técnico."[203]

8.3. Procedimiento

La nueva ley procesal establece un procedimiento especial para intervenir las comunicaciones y las telecomunicaciones que se resumen en los siguientes aspectos (art. 230):

a. Sólo es posible su aplicación para casos de mediana y gran criminalidad, en este sentido, se exigen principalmente dos requisitos: 1) que el delito que se investiga tenga una pena mínima de cuatro años; y 2) que la intervención sea *absolutamente* necesaria para la investigación.

b. El pedido, debidamente motivado, lo hace el Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria y estará centrado en la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales u otras formas de comunicación.

---

que dado que la intervención representa una invasión de la intimidad del ciudadano de modo sigiloso, la medida requiere de una aplicación cautelosa y restrictiva.

202 Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, N° 03-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006.

203 MUÑOZ DE MORALES, Marta, citada, p. 141.

c. El Juez resolverá de manera reservada e inmediatamente. Si fuera denegado el pedido, cabe la apelación, la que será resuelta por la Sala sin trámite alguno.

d. La diligencia se practica sobre el imputado y también se puede dirigir a otras personas que reciben o tramitan comunicaciones por aquel.

e. La solicitud fiscal y resolución judicial deben contener los datos de identidad de la persona afectada, el número de teléfono o comunicación o telecomunicación a *intervenir* y *grabar* o *registrar*; la forma de intervención, su alcance, el tiempo que debe de durar, la autoridad fiscal o policial encargado.

f. Se establece que las empresas de comunicaciones y de telecomunicaciones deben de dar a las autoridades investigadoras las facilidades para realizar la diligencia, incluso, bajo el apercibimiento de ser denunciados por delito de desobediencia a la autoridad. Las personas encargadas de realizar la diligencia y también los servidores de las empresas están obligadas a guardar la reserva de la diligencia, salvo que se les cite como testigos (art. 230°.4).

9. ASEGURAMIENTO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

Se pretende con la disposición contenida en los artículos 232 a 234 que durante las diligencias de registro personal o del lugar o con ocasión de la investigación misma, asegurar e incautar los documentos privados, incluyendo documentos contables y administrativos. Ello favorecerá la investigación y cuidará la reserva de la información contenida en los documentos.

El principal presupuesto es la existencia de una investigación por hecho punible, de tal manera que sea la policía o el fiscal que con ocasión de un registro personal o en una diligencia de allanamiento, encuentra en poder del intervenido o en el lugar de la intervención o allanamiento, algún documento privado y no ha recabado previamente orden judicial de incautación, deberá asegurar dicho documento *sin*

examinar su contenido y además deberá el Fiscal ponerlo a disposición del Juez dentro de las veinticuatro horas, acompañando informe y solicitando ordene su incautación, previo examen del documento. La ley procesal obliga al juez a resolver dicho pedido en el término de un día (art. 230°). El mismo procedimiento se sigue tratándose de documentos o comprobantes contables y administrativos de una persona natural o jurídica.

También se establece que si el fiscal toma conocimiento que una persona tiene documentos que son útiles para la investigación, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria, ordene la incautación de los mismos. En este caso, el juez resolverá inmediatamente, sin trámite alguno, debiendo señalar el nombre del fiscal, también de la persona a intervenir y, de ser posible, el tipo de documento materia de incautación.

10. EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y DE LA RESERVA TRIBUTARIA

10.1. Protección constitucional del secreto bancario y de la reserva tributaria

El derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria tiene marco constitucional. En la Carta Magna se consagra el derecho de la persona "a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibir de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional." (art. 5).

En tal sentido, el derecho de acceso a la información pública es un imperativo constitucional, pero sin afectar otros derechos fundamentales, como el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y el derecho a la intimidad. De esta manera se protege divulgar lo íntimo de la persona referido a informaciones estrictamente personales incluyendo la económica o financiera y se impide el acceso de cualquier persona al conocimiento de documentos o infor-

mación privados si no se cuenta con la autorización del titular de dicho derecho o cuando exista orden judicial.

Ciertamente, dentro de dicho marco constitucional, toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria, sin embargo, la naturaleza relativa de este derecho permite que tal secreto o reserva pueda ser levantada mediante autorización judicial si se satisface la exigencia legal. En efecto, el artículo 2° ap. 5 segundo párrafo[204] de la Constitución establece que el secreto bancario y la reserva tributaria "pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado."

Por secreto bancario se puede entender aquella información económica o financiera que, de manera reservada u oculta, tienen los bancos respecto de sus clientes. Desde esta perspectiva, los bancos deben de cuidar que tal información no sea de conocimiento de terceros.[205] El Tribunal Constitucional ha sostenido que la protección constitucional que se dispensa "con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad -términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos- de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado (...) En tal sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras.[206] Este secreto bancario se sustenta principalmente en el derecho a la intimidad.

El nuevo Código procesal regula esta limitación al derecho constitucional al facultar al Juez de la Investigación Preparatoria ordenar,

204 Esta misma norma constitucional señala en su primera parte que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, sin embargo, se exceptúan aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

205 Véase la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, N° 26702.

206 Véase STC N° 1219-2003-HD, caso Nuevo Mundo Holding S.A., de fecha 21 de enero de 2004. Fundamento 5.

reservadamente y sin trámite alguno, el levantamiento del *secreto bancario*, siempre que sea indispensable para la investigación. Como sabemos, el secreto bancario es aquella obligación que tienen las entidades bancarias, en las personas de sus directores o funcionarios, de no suministrar información de las operaciones financieras o cuentas de sus clientes, tal como lo señala la ley 26702 (art. 140°) Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

10.2. Procedimiento en materia de levantamiento del secreto bancario

Conforme a la ley procesal, el pedido fundamentado lo hace el Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, quien lo ordena y recibido el informe que emitan las instituciones bancarias, se podrá disponer la incautación de documentos, títulos valores, sumas de dinero u otro bien o el bloqueo o inmovilización de cuentas, siendo el presupuesto indispensable la existencia de una relación del bien con los hechos delictivos que se investigan. El mandato judicial puede recaer en los bienes del imputado o en aquellos bienes que se encuentren registrados a nombre de otras personas (art. 235°.2).

También se podrá ordenar, a pedido del fiscal, las pesquisas o registro de una entidad del sistema bancario o financiero. Por su parte las entidades o empresas requeridas judicialmente están obligadas a proporcionar la información requerida, incluso las actas y documentos originales, si fuera el caso.

La ley procesal también faculta al Fiscal a requerir directamente la información sobre operaciones que no se encuentre comprendida como secreto bancario, cuando sea necesario para su investigación.

10.3. Aplicación análoga en el caso de levantamiento de reserva tributaria

Igual procedimiento se sigue en los casos de levantamiento de la *reserva tributaria*[207], mediante el cual se podrá requerir a la administra-

207 Conforme al artículo 85° del Código Tributario "Tendrá carácter de información reser-

ción tributaria para que exhiba o remita la información, documentos o declaraciones tributarias, siempre que sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos que se investigan (art. 236°).

Tanto en el caso de levantamiento del secreto bancario como de la reserva tributaria, las autoridades fiscales y judiciales deberán proceder con suma cautela y siempre que exista motivo fundado para recabar dicha información, precisamente por lo sensible que resulta a los derechos que la misma Constitución reconoce a las personas.

11. CLAUSURA O VIGILANCIA DE LOCALES E INMOVILIZACIÓN

11.1. Concepto

Se trata de una diligencia de naturaleza policial con una finalidad probatoria, pues como lo señala CAFFERATA NORES, la clausura busca impedir que sean alterados las huellas o rastros que el delito hubiere dejado en el lugar, o evitar la destrucción o adulteración de las pruebas de su comisión allí existentes.[208] La misma finalidad tiene la vigilancia de los locales. La inmovilización de las cosas muebles busca asegurar su custodia y ser útiles como medio probatorio.

Todas estas medidas restrictivas de derechos de propiedad y posesión requieren necesariamente orden Judicial (art. 237° - 241°).

11.2. Características

Esta diligencia tiene características particulares:

a. *Motivación.*- Se exige el pedido fundamentado del fiscal donde exprese la necesidad de la medida y lo que se espera lograr con ello;

---

vada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtengan por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros".

208 CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal*, citado, p. 259.

b. *Excepcionalidad.*- La medida debe ser excepcional, aplicable para la investigación del delito;

c. *Gravedad de la infracción.*- El delito debe ser sancionado con pena superior a cuatro años, priorizándose la medida para casos graves, excluyendo su adopción en los casos de bagatela; y

d. *Temporalidad.*- La medida no debe durar más de quince días, prorrogables por un tiempo igual.

11.3. Procedimiento

Conforme al procedimiento a seguir, formulada la solicitud, el juez puede negar el pedido o resolver autorizando la medida e indicando el nombre del Fiscal que debe de realizar la diligencia; debe de señalar expresamente el local o bien mueble; el tiempo de duración y los apercibimientos para el caso de resistencia al mandato (art. 239).

También se establece que en casos de urgencia o de peligro por la demora, el Fiscal podrá ordenar y ejecutar la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de bienes muebles, cuando sea indispensable para dar inicio o continuar la investigación, pero deberá solicitar al juez la resolución *confirmatoria* dentro de un día de realizada la medida (art. 241).

En realidad, el Fiscal debería de tener mucho cuidado con la ejecución de las medidas limitativas de derecho que disponga por cuestiones de urgencia, entendemos que debe de contar con los elementos de juicio suficientes para adoptar esa medida y no exista otra forma de alcanzar el mismo objetivo o formulando el pedido a la autoridad judicial con la mayor rapidez.

Capítulo VI

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

I. ASPECTOS GENERALES

El nuevo código procesal penal es de corte garantista y -como se ha dicho- se ubica dentro del marco de la Constitución y, ciertamente, respetuoso de los derechos fundamentales de la persona.

Estos derechos son aquellos inherentes a la persona por el sólo hecho de su existencia y que se encuentran reconocidos por los Estados sin distingo alguno, tal como aparece en nuestra Constitución cuando consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado. De allí que el artículo 2° establece los derechos fundamentales de la personas, los mismos que se encuentran regulados, con la reserva de ley, en el sentido de que pueden ser objeto de restricción por el juez, conforme a la ley. También se consideran aquellos derechos no enumerados previstos en el artículo 3° de la misma Constitución.[209]

El marco jurídico de protección de los Derechos Fundamentales, a nivel supranacional, es extenso. Así tenemos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 1 y 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 9) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica (arts. 4 y 7). Por tanto, la limitación de alguno de ellos, se debe encontrar estrictamente

209 Dicho norma constitucional establece lo siguiente: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrática de derecho y de la forma republicana de gobierno".

regulada en nuestra legislación ordinaria y su adecuada aplicación, le corresponde a los órganos jurisdiccionales.

1. CONCEPTO

Las medidas de cautelares o de coerción procesal, como las llama el nuevo código procesal, son aquellas medidas judiciales que tiene por finalidad asegurar la presencia del imputado a la sede judicial y la efectividad de la sentencia,[210] tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio. Las medidas cautelares o coercitivas cumplen función de aseguramiento de los objetivos del proceso penal, que se aplica para casos taxativamente revistos en la ley y bajo determinados principios, principalmente los de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad.

A este conjunto de medidas SAN MARTÍN CASTRO[211] las denomina *medidas provisionales,* y las define como: "los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones prejudiciales que el imputado podrá realizar durante el transcurso del proceso de declaración."; asimismo, les otorga funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas – coercitivas. En efecto, las medidas de coerción, tal y como han sido diseñadas en el Código Procesal Penal 2004, cumplen las funciones mencionadas, pues buscan: a) asegurar, la eventual, sentencia condenatoria; b) impedir actuaciones obstruccionistas del imputado en relación a la actividad probatoria; c) evitar que el imputado incurra en hechos punibles similares.

La característica fundamental de este tipo de medidas es su instumentalidad, porque no tiene una finalidad en sí misma, sino que esta vinculada, a la causa principal. El conjunto de medidas de coerción existen en función al proceso penal.

---

210 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 481.

211 SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, Grijley, Lima, 2003, p. 1072.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES

Las medidas coercitivas se rigen por determinados principios que nacen de la Constitución y los Convenios o Pactos Internacionales relacionados con los Derechos Fundamentales de la persona.[212] Por nuestra parte señalamos los siguientes principios:

a. *Respeto a los derechos fundamentales.*- Es el marco rector de las medidas de coerción previstas por la ley procesal. Constituye lo que primero ha considerado el legislador al regular los principios en la determinación de las medidas coercitivas cuando establece que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, "sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella." (art. 253.1). No cabe una medida coercitiva o cautelar fuera del ámbito del respeto a los derechos humanos.

b. *Principio de excepcionalidad.*- Las medidas coercitivas se aplican excepcionalmente, es decir, cuando fuera absolutamente indispensable para los fines del proceso penal, de tal manera que la autoridad jurisdiccional debe de considerar en primer orden la citación simple y sólo adoptar aquellas otras de mayor intensidad cuando fuere estrictamente necesario.

c. *Principio de Proporcionalidad.*- La medida de coerción que se impone debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal existente y que a su vez se relaciona con delito doloso o culposo y la gravedad o no de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, entre otros factores propios de la conducta penal y procesal. La comisión de un delito de poca intensidad o considerado leve

212 Erica – Irene, A. DAES, Naciones Unidas, N.Y., 1990, p. 148 y ss. En este estudio se señalan los siguientes: principio de legalidad; principio del imperio del derecho; principio de respeto a la dignidad del individuo; principio de que los derechos y libertades son absolutos y de que las limitaciones o restricciones constituyen excepciones; principio de igualdad y no discriminación; principio de ser oído públicamente y con las debidas garantías; y principio de publicidad.

puede merecer una medida de coerción de su misma intensidad o proporcionalidad.

d. *Principio de Provisionalidad.*- Las medidas de coerción sólo se sujetan a la regla *rebus sic stantibus*. Se aplican por el tiempo estrictamente necesario para alcanzar sus fines y en todo caso, hasta alcanzar los fines del proceso; no son medidas definitivas sino provisionales, lo que significa que en cualquier fase procesal o una vez concluido el mismo cesa o se convierten en definitivas mediante otras formas procesales. Al mismo tiempo, las medidas son *temporales* por cuanto la ley establece los plazos máximos de duración.

e. *Principio de Taxatividad.*- Sólo se pueden aplicar las medidas coercitivas que se encuentran reguladas en la ley procesal, de allí que se haga mención expresa a que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa autorización legal (art. 253.2). En tal sentido, el Fiscal no podrá solicitar ni el juez imponer una medida de coerción que no se encuentre regulada en la ley de manera expresa.

f. *Principio de suficiencia probatoria.*- La adopción de las medidas coercitivas se decide con sustentación de elementos probatorios vinculadas principalmente al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria. El legislador utiliza la frase de suficientes *elementos de convicción* para referirse al cúmulo de pruebas que debe basar el mandato judicial.

g. *Principio de motivación de la resolución.*- La motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional.[213] Tratándose de decisiones judiciales que importan restricción de derechos de las personas, las mismas deben ser suficientemente motivadas. En consecuencia, la resolución judicial (auto) que ordena la medida de coerción exige ser fundamentada acorde con la norma constitucional y los requisitos que la ley establece. Por ello

213 El art. 139.5 de la Constitución consagra "La motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan."

se exige, bajo sanción de nulidad, que contenga exposición breve de los hechos, cita de normas transgredidas, la finalidad que se persigue, los elementos de convicción que sustentan la medida, el tiempo de duración y los controles de ejecución (art. 254).

h. *Principio de judicialidad.*- Las medidas de coerción sólo son dictadas por el órgano jurisdiccional,[214] a pedido del Fiscal o las partes, antes del proceso y durante el mismo. Al Ministerio Público se le reconoce alguna medida de coerción como es la orden *conducción compulsiva.*

i. *Principio de reformabilidad o variabilidad.*- La medida de coerción puede ser objeto de modificación por la autoridad jurisdiccional sea a pedido del fiscal o las partes o de oficio por el mismo juez, cuando a) varíen los supuestos que motivaron su imposición; y b) por desobediencia a los mandatos judiciales, es decir, cuando se incumplen de las reglas de conducta emanadas del juez. La variabilidad de las medidas pueden ser de mayor a menor intensidad y viceversa.

3. PRESUPUESTOS

Existen dos presupuestos que la doctrina reconoce y que son de suma utilidad para marcar los lineamientos básicos en la adopción de las medidas coercitivas o cautelares. El *periculum in mora* o peligro en la demora, y que radica en el peligro procesal: fuga del procesado, ocultación personal, entorpecimiento de la prueba, ocultamiento de sus bienes, etc. El *fumus bonis iuris*, que es la razonada atribución del hecho punible a una persona y que, al igual que el primer supuesto, se debe de sustentar en suficientes elementos de convicción.

Asimismo, podemos sintetizar las características formales de todas las medidas de coerción: resolución judicial mediante auto motivado, la descripción breve de los hechos, la finalidad específica de la me-

214 GIMENO SENDRA, V., lo denomina principio de *jurisdiccionalidad, Derecho procesal penal*, citado, p. 482.

dida, los elementos de convicción (prueba) que lo sustenta y el tiempo de duración de la medida.

4. CLASIFICACIÓN

Las medidas de coerción procesal pueden incidir sobre derechos personales o derechos de carácter patrimonial o real del imputado, de ahí la clasificación que se sigue.

Las medidas de coerción personales estipuladas en la regulación del nuevo código son:

a. La detención
b. La prisión preventiva
c. La comparecencia
d. La internación preventiva
e. El impedimento de salida
f. La suspensión preventiva de derechos.

Mientras que las medidas de coerción reales, son:

a. El embargo
b. La orden de inhibición
c. El desalojo preventivo
d. Medidas anticipadas
e. Medidas preventivas contra personas jurídicas
f. Pensión anticipada de alimentos
g. La incautación

II. MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

La libertad personal se erige como uno de los derechos fundamentales de mayor valor, la cual se consagrada en el artículo 2.24 de la Constitución Política del Estado y en aras de garantizar la eficaz

protección de la libertad personal, coincidimos con el Tribunal Constitucional, cuando manifiesta: "La libertad personal no sólo tiene una dimensión subjetiva, que garantiza la prohibición de injerencias arbitrarias en un ámbito de libertad corporal y locomotora de todo procesado, sino también una dimensión objetiva, que comporta diversos deberes a cargo del Estado, entre los cuales se encuentra el de prever un orden normativo dirigido a hacer posible que la dimensión subjetiva de la libertad personal no sea perturbada en su disfrute y ejercicio"[215]

Para RAMOS MÉNDEZ lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal es la "necesidad de garantizar la sujeción de una persona al proceso penal", agrega que "En la medida en que esa disponibilidad sea obvia, la medida cautelar carece de razón de ser, ya que toda medida cautelar anticipa en cierta medida los efectos de la ejecución y hay que proceder con suma cautela en su aplicación. Si además se tiene en cuenta que la pena principal en el proceso penal es la privación de la libertad, cualquier fórmula anticipatoria corre el riesgo de convertirse asimismo en pena anticipada. El riesgo lo asume necesariamente el sistema de medidas cautelares en el proceso penal, pero estableciendo requisitos que hay que respetar escrupulosamente."[216].

Le corresponde a la autoridad jurisdiccional decidir sobre la situación jurídica del imputado, asegurar su presencia y evitar el peligro de ocultamiento de la justicia o de la perturbación de la actividad probatoria, y también para asegurar el cumplimiento de la sentencia. La misma ley establece que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa *autorización legal* y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan elementos de convicción; "por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir 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." (art. 253.3). Es de señalar que el legislador introduce un nuevo

215 STC, Exp. N° 6201-2007-PHC/TC – Lima, de fecha 10 de marzo de 2008 (Caso Moisés Wolfenson Woloch, fundamento 10 de voto singular del Magistrado Eto Cruz).

216 RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta lectura constitucional, JM Bosch, Barcelona, 2000. p. 173.

objetivo de naturaleza preventiva que radica en la adopción de las medidas coercitivas cuando considera la necesidad evitar el peligro de *reiteración delictiva*, lo que exige la evaluación judicial para conocer de la posibilidad de la comisión de un nuevo delito que involucre al imputado.

1. LA DETENCIÓN

Este tipo de privación de libertad ambulatoria, posee las siguientes características: a) es de corta duración; b) con fines de investigación preliminar; no esta dirigida a garantizar la futura ejecución de la pena, por lo que puede catalogarse como una medida precautelar.

El Código establece los siguientes tipos de detención: detención policial, arresto ciudadano, detención preliminar judicial.

1.1. La detención policial

Para efecto del presente texto incluimos a la detención policial dentro de las medidas coercitivas por la sistemática del Código mismo y porque, además, en algunos casos, hay intervención de la autoridad judicial.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 2.24.f) regula este tipo de detención policial, condicionándola a la existencia de flagrancia delictiva. El delito flagrante es aquel donde el agente es descubierto en el momento en que comete el delito. La flagrancia del delito y la detención de la persona tienen sustento constitucional cuando en el art. 2 se establece que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (inc. 24.f).

La doctrina y la legislación anterior han reconocido los criterios para considerar la detención policial de una persona, fuera de mandato judicial, pero en delito flagrante: los estados de flagrancia: a) flagrancia propia; b) cuasi flagrancia; y c) presunción legal de flagrancia.[217] El

217 Véase también como antecedente la Ley 27934, ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, de 12 de febrero del 2003.

nuevo código procesal penal también los recogió, sin embargo, su texto fue modificado por el Decreto Legislativo 983, art. 3°, del 22 de julio del 2007. En consecuencia, los criterios legales que deben de observarse para su aplicación son:

a. Existe flagrancia cuando el sujeto agente *es descubierto en la realización del hecho punible* (flagrancia propiamente dicha).

b. Cuando el agente *acaba de cometerlo*, es decir, es capturado inmediatamente de haber realizado el hecho punible (cuasi flagrancia).

c. Cuando el agente ha *huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.* Esta formula constituye en si una *presunción legal de flagrancia* en atención a la *identificación del agente*, lo que hace viable la detención de la una persona, no en el momento de que comete el delito, sino luego de haber sido identificado por los medios ya indicados y siempre que la captura se realice dentro de las 24 horas siguientes. Este supuesto exige de la policía una actuación investigatoria rápida y de resultado. Es de estimarse que el mayor inconveniente se presentará cuando se trate de la identificación personal que haga el agraviado o el testigo respecto del agente infractor debido a la fragilidad de la memoria, el estado de tensión o nerviosismo o confusión que pueda tener en tales circunstancias. Por lo mismo, habrá de actuarse con mucho cuidado y profesionalismo por parte de la policía y del fiscal si estuviera en la dirección de la investigación.

d. Cuando el agente es encontrado *dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.* Este supuesto constituye la *presunción legal de flagrancia* en atención a los

efectos o instrumentos encontrados en su poder relacionados con el delito, que es el supuesto ya conocido y que tiene como límite el término de 24 horas desde el momento de su perpetración.

En este mismo dispositivo se establece también que tratándose de delito o falta sancionados con pena no mayor de dos años de privativa de la libertad, luego del interrogatorio e identificación, podrá ordenarse la libertad o una medida menos restrictiva, lo que significa que tratándose de delitos de menor intensidad no cabe privación de la libertad de mayor duración que la que sea necesaria para recibir su declaración. La referencia a la detención por falta -aún cuando sea para recibir declaraciones- puede obedecer a la necesidad de deslindar competencias en sede policial, sobre todo en aquellos casos en donde los hechos que se investigan ameritan definir la naturaleza delictiva o contravencional de la infracción.

1.2. El arresto ciudadano

El arresto ciudadano o detención por particulares constituye una *facultad* que asiste a todo ciudadano a privar de la libertad deambulatoria a otro, en los casos de delito flagrante[218] con la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad policial. El arresto ciudadano se caracteriza: a) por tratarse de una privación de la libertad practicada por un ciudadano; b) por constituir una facultad, es decir, el ciudadano no está obligado a realizar tal arresto; y c) porque procede solo en caso de delito flagrante.

En realidad, esta aprehensión ya era práctica conocida, como conocidos eran también los excesos en que se podía incurrir por los ciudadanos, sean víctimas o testigos. Lo que hace el legislador es regular mejor esta forma de intervención y detención previsto en el art. 260 bajo determinadas reglas.

De acuerdo con la ley procesal hay que satisfacer los siguientes requisitos:

218 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 489.

1. Que el arresto se produzca por un (os) ciudadano(s). La ley no exige que se trate de la víctima o testigo del delito flagrante, por lo tanto puede ser cualquier persona que avisada de la comisión de un delito flagrante pueda intervenir inmediatamente.
2. Esta forma de detención es facultativa, a diferencia de la policía que en estos casos (flagrancia) resulta ser obligatoria. Lo que significa que si el ciudadano no interviene en las circunstancias descritas, tal omisión no es materia de reproche penal alguno.
3. Debe tratarse de un caso de flagrante delito, en la forma que el artículo 259 prevé. Dada la forma descrita en dicha disposición procesal, se comprende todos los supuestos señalados. La práctica exigirá la adopción de medidas necesarias a fin de dar cumplimiento estricto a la ley.
4. La persona arrestada debe ser entregada inmediatamente, junto con los objetos vinculados con el delito, a la autoridad policial más cercana.
5. La policía debe elaborar un acta donde conste la entrega y las circunstancias de la intervención.

Esta facultad concedida al ciudadano no autoriza a mantener a la persona arrestada privada de su libertad, pues podría incurrir en la comisión de delito.

1.3. Detención preliminar por mandato judicial

Fuera de los casos de flagrancia, la Constitución autoriza la detención de una persona por mandato motivado del Juez, sea en fase de investigación preliminar o preparatoria. La detención preliminar judicial es aquella que se produce durante dicha fase procesal en casos especiales, pero por mandato judicial y a sólo solicitud del Fiscal.

De acuerdo con el art. 261 del código procesal el Juez de la Investigación Preparatoria dictará auto motivado cuando: 1) fuera de caso de flagrancia, se trate de delito que es sancionado con pena privativa superior a cuatro años y pueda existir posibilidad de fuga; 2) el imputa-

do es sorprendido en flagrante delito pero logra evitar la detención; y 3) cuando el detenido se fugara de un centro de detención preliminar (art. 261). La orden debe contener los datos más importantes de la persona: nombre y apellidos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento; dicha requisitoria caduca automáticamente a los seis meses, salvo renovación; la ley establece que no caduca para los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje, en los cuales la requisitoria es permanente.

Producida la detención, la policía hará saber al detenido del motivo de la privación de la libertad, comunicará al Ministerio Público y pondrá al detenido a disposición del Juez que ordenó la medida. El plazo de la detención preliminar (al igual que la detención policial de oficio) será de veinticuatro horas, que es un plazo común; vencido el término el Fiscal decidirá si dispone la libertad del imputado o si solicita al juez que dicte la prisión preventiva u otra medida. Se trata de una medida excepcional y corta, mediante la cual el Fiscal con el apoyo de la policía agotarán los medios necesarios la búsqueda de los elementos de prueba que necesitan y continuar con la investigación y decidir si solicitan del juez la ampliación de la medida de coerción u otra similar.

1.3.1. Convalidación de la detención preliminar

El Código establece la posibilidad de que cumplida la detención de veinticuatro horas, se pueda ampliar la misma por siete días naturales más. En tal sentido, si el Fiscal considera que subsisten las razones que determinaron la detención, solicitará, motivadamente, al Juez de la Investigación Preparatoria que dicte auto de *convalidación de la detención* por el término adicional.

El Juez, previa audiencia con el fiscal, el imputado y su defensor, resolverá en tal sentido u ordenará la libertad del imputado. Vencido el plazo señalado, el imputado será puesto a disposición del juez a fin de que dicte prisión preventiva o comparecencia (art. 266.4). Queda claro que esta convalidación no se produce tratándose de delitos especiales como terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

1.3.2. La detención preliminar incomunicada

El código también regula la *incomunicación* de la persona detenida preliminarmente, pero se requiere para ello del cumplimiento de ciertos requisitos que se relacionan con la naturaleza del delito, la jurisdiccionalidad y necesidad de la medida, y el plazo de duración. Estos requisitos son los siguientes:

a) Sólo procede para los casos de delitos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas o delito sancionado con pena mayor a seis años, es decir, la incomunicación se solicitará y aplicará en los delitos considerados expresamente y aquellos graves.

b) El pedido de incomunicación lo formula el Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, se exige motivación tanto en el pedido como en la decisión o rechazo por parte del juez.

c) La medida debe ser *indispensable* para el esclarecimiento de los hechos, lo que forma parte de la motivación de pedido y decisión; y

d) La medida de incomunicación tiene plazo y es no mayor a diez días. Es de señalarse que la incomunicación no impide que el detenido pueda entrevistarse con su defensor; para ello, -establece la ley- no se requiere autorización previa ni pueden ser prohibidas (art. 265).

Es necesario señalar que todas las medidas que dicta el Juez de la Investigación Preparatoria sobre la detención preliminar, la incomunicación y la convalidación de la detención son susceptibles de impugnación en el término de un día elevándose lo actuado inmediatamente a la Sala de Apelaciones a fin de que emita la resolución que corresponda en el término de dos días.

2. PRISIÓN PREVENTIVA

El nuevo código denomina prisión preventiva a la llamada *detención judicial* de la legislación anterior. Se trata de la medida coercitiva

o cautelar de mayor gravedad en el proceso penal pues importa la privación de la liberta del imputado mientras dure el proceso o hasta que se varíe por otra medida o cese dicha privación.

Como se ha dicho, la libertad constituye uno de los derechos mas preciados por la persona o como lo señalado por BURGOA es la condición indispensable para que el individuo desarrolle su personalidad.[219] Por ello es que la misma Constitución establece el derecho de la persona no sólo a elegir el lugar de residencia, sino "a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial" (art. 2°.11).

Tratándose de la libertad como derecho fundamental su restricción no podía ser concedida a otra autoridad que la jurisdiccional y en los casos y bajo los requisitos previstos por la ley. De allí que se adopta excepcionalmente y su finalidad es asegurar la presencia física del imputado a las diligencias judiciales que la autoridad investigadora o juzgadora determine, así como asegurar la ejecución de la pena. Se trata de una medida excepcional y de la que se debe hacer uso luego de haber examinado la posibilidad de imponer una medida de coerción menos gravosa.

2.1. Presupuestos

Conforme a la regulación procesal, corresponde al Ministerio Público pedir al Juez la prisión preventiva del imputado, para lo cual deberá acompañar los elementos de prueba necesarios. De allí que el juez "atendiendo a los primeros recaudos" apreciará la concurrencia de los presupuestos que establece la ley. Consecuentemente, el pedido de prisión preventiva no procede de oficio ni a petición de parte, sólo a pedido del Fiscal, lo que no se contrapone con la facultad del juez a *variar* la medida "aún de oficio" (art. 255.2).

La nueva ley procesal en su art. 268.1 establece los presupuestos para que el juez decida la prisión preventiva:

219 BURGOA, I., *Las Garantías Individuales*, 19° edición, México, 1985, p. 19.

a) *Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.* La ley exige la necesidad que tiene el juez de evaluar los elementos de convicción (prueba) que acompaña el Fiscal en su pedido, de tal manera que sirvan para sustentar la imposición de la medida, es decir, la labor investigadora preliminar debe relacionar al imputado con la comisión del delito. En caso de existir suficiencia probatoria sobre el delito pero sin vinculación con el imputado no satisface este presupuesto. La disposición procesal no hace distingo de participación delictiva (autor, cómplice primario, secundario, instigador). Es el *fumus boni iuris* de la prisión preventiva. También es del caso señalar que esta medida de coerción procede tanto por la comisión de delito doloso como culposo.

b) *Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.* Al igual que la legislación anterior, nos encontramos con la probabilidad de pena a imponer mayor a cuatro años que pueda merecer el imputado. Se trata de posibilidad de pena en atención al delito que se imputa y de los elementos de convicción (prueba) existentes. El análisis y razonamiento judicial debe llevarlo a determinar, en vía de probabilidad y con las pruebas que presenta el Fiscal, la pena que podría imponer al imputado. No se trata de un prejuzgamiento, no sólo porque el juez que lo dicta no será el juez del juicio, sino de una prognosis de pena de naturaleza temporal, útil solo para decidir la prisión. En consecuencia, no se trata de la pena conminada prevista en el código penal para cada delito, sino de poner énfasis a la consideración del juez sobre la pena que podría aplicarse sobre la base de la prueba existente.

c) *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).* Este apartado exige la verificación del peligro procesal que debe de estar ausente para evitar la medida de coerción. El legislador ha considerado importante establecer las dos manifestaciones del

peligro procesal y los criterios que deben de observarse en cada caso: peligro de fuga y peligro de obstaculización.

2.1.1 Criterios del peligro procesal por temor de fuga

En este caso los criterios que la ley establece para determinar el peligro por temor de fuga del imputado son los siguientes:

a) *El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto*. Estos criterios permiten establecer si el imputado, en razón de su familia, sus propiedades, su domicilio, residencia habitual, su trabajo o bienes está en las condiciones de fugar de la acción de la justicia. Así por ejemplo, si el imputado comienza a vender sus bienes o sus familiares empiezan a salir del país o se van de viaje, se puede presumir que hay peligro de fuga. También se considera el hecho de que el imputado tenga las facilidades para fugar u ocultarse, circunstancias que pueden relacionarse con la naturaleza de su trabajo, medios económicos, medios de transporte, etc., es el caso del imputado o sus familiares que realizan tramites para la adquisición de pasaporte o pasajes.

b) *La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento*, que constituye un elemento de mucha carga subjetiva (y que se encuentra más en la esfera del imputado) dado que el delito que se le imputa prevé al imputado una sanción penal muy severa y ello puede generar que trate de eludir la acción judicial, como sucede en los delitos de homicidio calificado o agresión sexual de menores, en donde la pena a imponer resulta ser una razón de temor y de posible fuga.

c) *La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él*. Es del caso analizar la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a ello, analizándose el bien jurídico afectado, los efectos producidos, significándose el hecho de que haya huido de la escena

del delito abandonando a la víctima o quizás socorriéndola o prestando auxilio, etc.

d) *El comportamiento procesal del imputado o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.* Constituye un criterio a considerar la conducta procesal positiva o negativa del imputado ante la actividad judicial en las diligencias de cualquier fase del proceso o en otros procesos. Por ello resulta importante y hasta estratégico para la defensa que el imputado se entregue en fase de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal; o, caso contrario, que el imputado manifieste intento de fuga al momento de la intervención policial, incluso, repeliendo la intervención de la fuerza pública.

2.1.2. Criterios del peligro procesal por temor de obstaculización

Para determinar el peligro de obstaculización de la actividad probatoria se debe de tener en cuenta "el riesgo razonable de que el imputado":

a) *Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.* El peligro radica en el hecho de que el imputado en libertad pueda incurrir en alguna de las acciones señaladas, naturalmente, deben existir elementos materiales de juicio para establecer que el imputado podrá alcanzar estos objetivos.

b) *Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.* Cabe analizar en este apartado la posibilidad de que el imputado pueda influir en sus coprocesados, agraviados o testigos para que depongan o informen indebidamente o no cumplan con los mandatos judiciales.

c) *Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.* El legislador ha previsto la posibilidad de que el imputado pueda utilizar a terceros a fin de que procedan a ejercer influencias en las personas indicadas en el apartado anterior.

Como se podrá observar, los *presupuestos* para el mandato de detención judicial no han variado mucho, sin embargo, se incorpora un supuesto más y que establece que para imponer la detención, sin perjuicio de la concurrencia de los dos primeros requisitos, deben existir "razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad." (art. 268.2) Este supuesto no habrá de exigirse en casos comunes sino en aquellos donde la investigación fiscal involucre al imputado con una organización delictuosa y que esta le ayude a procurar su fuga o perturbar la búsqueda de la verdad.

2.2. Características

a) El pedido de prisión preventiva lo hace el Fiscal, no se incluye a la parte agraviada. Normalmente este requerimiento se hace conjuntamente con la comunicación al Juez sobre el inicio de la investigación preparatoria. No es necesario que el Fiscal haya solicitado antes la detención preliminar.

b) El Juez de la Investigación Preparatoria cita a una Audiencia judicial dentro de las cuarentiocho horas de producido el requerimiento Fiscal, bajo responsabilidad. Es obligatoria la concurrencia del representante del Ministerio Público así como al imputado y su defensor; si este no asiste "será reemplazado por el defensor de oficio" (art. 271.1). En estos casos, el juez actúa inmediatamente y cita a las partes a la diligencia para escuchar sus posiciones. La citación al imputado obedece a la necesidad de ser escuchado antes de la decisión judicial, pero su presencia es relativa. La Corte Suprema se ha pronunciado respecto a la prescindencia del imputado a la audiencia judicial.[220]

220 En efecto, en la Casación N° 01-2007, Huaura, de fecha 26 de julio del 2007 establece lo siguiente: "No es pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado

c) De acuerdo a la ley procesal el Juez dictará resolución en la misma audiencia, sin necesidad de postergación alguna. Ello se justifica por la naturaleza de la medida y la afectación de la libertad personal del imputado, además de la inmediatez de la decisión.

d) Se prevé la posibilidad de que se impongan medida disciplinaria contra el fiscal y el defensor si por su causa se frustra la audiencia. Asimismo, el juez incurre en responsabilidad funcional si no realiza la diligencia dentro del plazo establecido (art. 271.2). También se establece que si el imputado no asiste a la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio.

e) El Juez si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva, puede optar por imponer una medida de coerción menos intensa, como es el caso de la comparecencia restrictiva o simple.

f) La ley exige que la resolución que dicte el juez sobre la medida de prisión preventiva debe ser especialmente motivada, "con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes." (art. 271.3)

2.3. Duración

La prisión preventiva tiene sus límites temporales y se establece que su plazo no excederá de nueve (9) meses y se considera que cuando se trate de procesos complejos el plazo límite será de dieciocho meses (art. 272). En este último supuesto ha de estimarse que el caso que se investiga debe de haber sido declarado complejo, bajo los criterios de número de imputados, agraviados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente.

---

en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal -si lo hubiere señalado-, o su conducción al juzgado cuando esté efectivamente detenido {...]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido (...) o porque sencillamente no quiere hacerlo (...), la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio."

La consecuencia natural del vencimiento del plazo señalado sin haberse dictado sentencia de primer instancia es la *inmediata libertad del imputado*, por mandato judicial, sea de oficio o a pedido de la parte, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar la presencia del imputado a la sede judicial, que pueden ser el impedimento de salida del país, la detención domiciliaria e incluso aquellas relativas a restricciones como: obligación de no ausentarse de la localidad, prohibición de comunicarse con personas determinadas y pago de caución económica (art. 273).

La ley también mantiene la institución de la prolongación de la prisión preventiva sólo cuando concurran "circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia" fijándose una prolongación no mayor a los 18 meses. Puede interpretarse que esta prorroga puede ser adicional al supuesto de complejidad, lo que sumado al plazo máximo anterior daría un total de 36 meses.

Corresponde al Fiscal hacer el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, debiendo el Juez de la Investigación Preparatoria citar a una audiencia dentro de los tres días siguientes con asistencia el Fiscal, el imputado y su defensor, y luego de haber escuchado las partes podrá dictar resolución en la misma audiencia o podrá hacerlo dentro de las 72 horas siguientes. Esta diligencia es de suma importancia porque el juez conocerá de los fundamentos que tiene el Fiscal sobre la necesidad de prolongar la prisión del imputado, con vista de la documentación sustentatoria; asimismo, tendrá en cuenta la posición del defensor e incluso oír al imputado.

También se ha regulado el supuesto en que el imputado hubiera sufrido condena, pero la sentencia se encuentra en apelación, estableciéndose que en tal supuesto la prisión podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta (art. 274.4).

Es necesario señalar que para efecto de cómputo del plazo, no se tendrá en cuenta el tiempo que el proceso sufriera *dilaciones maliciosas* de parte del imputado o su defensa. En los casos donde se declare la nulidad de lo actuado y se disponga nuevo auto de prisión preventiva,

"no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución", lo que puede ser cuestionable si se tiene en cuenta la efectividad de la restricción de la libertad y el hecho que amerita la nulidad no proviene del imputado o su defensor. El mismo criterio se sigue tratándose de los casos que anulados en el fuero militar pasan a la jurisdicción ordinaria, computándose el plazo "desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva" (art. 275.1 y 2).

2.4. Impugnación

El auto que resuelve la prisión preventiva puede ser impugnado dentro del plazo de tres días de notificado, el Juez concederá la apelación en un solo efecto; elevará lo actuado dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. Se señala que la Sala Penal resolverá previa vista de la causa con citación al Fiscal Superior y al defensor del imputado, dictando la resolución en la audiencia o dentro de las cuarentiocho horas siguientes, bajo responsabilidad (art. 278), entendiéndose la realización de una audiencia para escuchar la opinión del Fiscal y el defensor del imputado. Si la Sala resuelve la nulidad de la resolución de prisión preventiva, devolverá lo actuado al juzgado de origen o dispondrá que pase a otro juez para que emita nueva resolución.

En el caso de apelación de la resolución que decide el requerimiento de *prolongación de la detención* será vista por la Sala Superior dentro de las 72 horas siguientes de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado, y resuelta el mismo día o dentro de las 48 horas siguientes, bajo responsabilidad (art. 278.2).

2.5. La incomunicación

Para tratar el tema de la incomunicación hay que partir necesariamente de la Constitución y los derechos que asisten al imputado. La carta fundamental dice "Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida" (art. 2. 24.g).

La incomunicación del imputado es una medida accesoria y acumulativa a la medida coercitiva de detención y consecuentemente, como lo afirma SAN MARTÍN CASTRO, carente de finalidad cautelar pues su razón de ser es la detención.[221] La incomunicación obedece a la necesidad de evitar la perturbación de la investigación preparatoria de un delito grave. Esta medida se debe de adoptar en los casos absolutamente necesarios y en donde la entrevista o comunicación del detenido con otras personas pueda afectar dicha investigación. ORTELLS RAMOS afirma que la incomunicación evita el peligro de alteración de las fuentes de prueba, consistente en que el imputado indique a personas que se hallan en libertad de que modo deben manipularse aquéllas para ajustarlas a la versión de los hechos ofrecida en sus declaraciones.[222]

La incomunicación del imputado con prisión preventiva puede ordenarse por mandato judicial siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de un delito grave (art. 280). El Juez dictará resolución motivada la que no podrá exceder de diez (10) días, no impide la libre conferencia entre el defensor y el detenido preventivo; y será puesta en conocimiento de la Sala Penal respectiva.

La incomunicación no es absoluta y se agrega en la ley que bajo esta condición, el detenido incomunicado tiene derecho a leer diarios, revistas, y escuchar noticias de libre circulación y difusión; tampoco tendrá obstáculos para recibir sus alimentos (art. 281).

2.6. La cesación o variación de la prisión preventiva

También se establece el derecho que tiene el imputado de pedir al juez la cesación de la prisión preventiva si estima que las causas que motivaron la misma han desaparecido, o pedir la sustitución por otra medida menos intensa que se prevé para la comparecencia, si los presupuestos anteriores han disminuido (art. 283). Para ORTELLS RAMOS se trata de una modalidad de modificación y extinción de las medidas

221 SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal penal*, T. II, Grijley, Lima, 1999, p. 834.
222 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, citado, p. 460.

cautelares, pues la posterior modificación de los presupuestos permite la de las medidas en ella fundadas.[223]

La autoridad judicial se pronunciará previa realización de una audiencia con la concurrencia del fiscal, el imputado y su defensor; para resolver la cesación, tendrá en cuenta la existencia de *nuevos elementos de convicción* (prueba) que demuestren que ya no concurren los motivos que determinaron la imposición de la prisión y que hagan necesaria una medida de comparecencia. En este sentido, podrá ser importante la declaración de nuevos testigos, de coimputados, las pericias o nuevas pruebas documentales que lo favorezcan, incluso, podrían considerarse la confesión sincera y los casos de colaboración eficaz. Para decidir la sustitución de la medida de prisión preventiva el Juez tendrá en cuenta, además, las características personales del imputado, el tiempo de detención y el estado del proceso.

3. LA COMPARECENCIA

La comparecencia constituye una medida de coerción personal de menor intensidad que la prisión preventiva y que normalmente se aplica para casos en donde las necesidades de aseguramiento del imputado no son tan rígidas o los delitos no son estimados graves o siendo de gravedad, no se satisfacen los requisitos para imponer un mandato de prisión preventiva.

Mediante esta medida cautelar personal, el imputado esta sujeto al proceso penal, su libertad ambulatoria se encuentra vinculada a la decisión del órgano jurisdiccional (ej. cuando su presencia es imprescindible para la realización de determinado acto procesal). Se trata de una medida de aseguramiento de la presencia del imputado al proceso, donde el imputado permanece en libertad, pudiendo desplazarse libremente, pero esta obligado a observar determinados mandatos judiciales que condicionan su libertad.

223 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, T. III, citado, 444.

La comparecencia, en sus distintas formas se ordena por el Juez de la Investigación Preparatoria. El Fiscal puede solicitar directamente la medida de comparecencia que estime necesaria. La comparecencia puede ser simple y con restricciones, la solicita el Fiscal generalmente con la comunicación al juez sobre el inicio de la investigación preparatoria y en escrito de requerimiento aparte.

3.1. Comparecencia simple

Es la medida de coerción de mínima intensidad y que exige del imputado - quien se encuentra en libertad, salvo mandato distinto en otro proceso- sólo la obligación de presentarse a la sede judicial cada vez que sea citado; su incumplimiento sólo acarrea la conducción compulsiva.

Señala el código que el juez dictará esta comparecencia simple si el delito denunciado se encuentre penado con sanción leve o los actos de investigación no justifican una medida mas severa (art. 291).

El código establece una sanción a la inactividad del representante del ministerio Público, en cuanto a la aplicación de esta medida, pues se regula que el juez dictará comparecencia simple cuando el Fiscal no ha efectuado el requerimiento de prisión preventiva en su oportunidad, esto es: a) cuando ha vencido el plazo de la detención preliminar o; b) cuando ha vencido el plazo de la detención convalidada (art. 266). Por otro lado, cuando habiéndolo hecho no concurran los requisitos que prevé la ley (art. 286).

3.2. Comparecencia con restricciones

Esta medida de coerción personal es más severa que la anterior e importa determinadas reglas u obligaciones que el imputado debe de seguir, bajo apercibimiento de revocársele la medida por prisión preventiva (art. 288) previo requerimiento Fiscal.

De acuerdo con el legislador, se impondrán estas restricciones cuando el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de

la verdad pueda razonablemente evitarse. Las *restricciones* que se establecen son las siguientes: 1) obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una institución o persona determinada, la que debe informar periódicamente; 2) obligación de no ausentarse de la localidad de residencia, de no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad en los días fijados; 3) prohibición de comunicarse con personas determinadas; y 4) la prestación de una caución económica, si sus posibilidades lo permiten, incluso podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente (art. 288).

Se regula de forma más rigurosa, a la caución, la cual 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", de este concepto, podemos notar que la caución sólo asegura la presencia del imputado al proceso penal, más no está vinculada a la pretensión civil. Asimismo, podemos mencionar las siguientes características: a) la calidad y cantidad de la caución dependerá de las condiciones personales del imputado (económica, social, etc.); b) puede ser real o personal, será personal cuando el imputado deposita en el Banco de la Nación, la cantidad dispuesta en la resolución y será real cuando el imputado constituya deposito de efecto público o valores cotizables u otorgue garantía real, por el monto fijado; c) si el imputado es absuelto o sobreseído e inclusive siendo condenado no ha infringido las reglas de conducta, se le devolverá la caución con los respectivos intereses devengados.

La ley permite que se puede imponer una o varias restricciones al imputado, dependiendo de las necesidades del caso y si aquellas fueran incumplidas, previo requerimiento del Fiscal o por propia decisión del Juez, se revocará la medida por la prisión preventiva. Es evidente que la imposición de determinadas restricciones esta vinculado al principio de proporcionalidad.

Se establece que para estas medidas restrictivas se podrán utilizar, alternativamente, alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan las restricciones impuestas (art. 287.1).

4. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

La detención domiciliaria constituye una limitación a la libertad ambulatoria del imputado a determinado espacio físico y que por mandato judicial debe de cumplirse en su domicilio -vale la redundancia- o en otro lugar, pero fuera de sede penal o penitenciaria. Es un estado intermedio entre la privación de la libertad efectiva y la libertad propiamente dicha.[224]

En la nueva legislación procesal, la detención domiciliaria ya no aparece como una forma de restricción dentro de la comparecencia sino como una institución autónoma. El art. 290 establece que se impone para evitar el peligro de fuga o de obstaculización de la prueba y que, expresamente, procede cuando correspondiendo prisión preventiva, el imputado: a) es mayor de 65 años; b) adolece de una enfermedad grave o incurable; c) sufre de incapacidad física permanente que afecta su desplazamiento; y d) cuando se trata de una madre gestante.

La detención domiciliaria se cumple en el domicilio del imputado o en otro lugar que el juez designe, bajo custodia policial o de alguna institución o persona designada para el efecto. Se establece que el control de la medida corresponde al Fiscal y a la policía, incluso se podrán imponer límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que hablan con él o que lo asisten (art. 290.3).

En cuanto al plazo de la detención domiciliaria se siguen los criterios para la prisión preventiva (art. 290.4). Es importante destacar que el tiempo de detención domiciliaria será materia de cómputo en el caso de que se dictara sentencia condenatoria al imputado. El artículo 399 del código procesal penal establece que "si se impone pena privativa de la libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido". Este cómputo es opinable, pues no es lo mismo permanecer privado de la libertad en un centro penal, con

224 Véase mi Manual de Derecho Procesal Penal, citado, p. 744.

las limitaciones personales, familiares, alimentarias y de comunicación, que en su domicilio u otro lugar o centro de reposo. Hubiera sido importante una ponderación en el trato compensatorio estableciendo un cuantum de días por cada uno de detención en domicilio. Podría requerirse de un ajuste normativo en este punto.

La detención domiciliaria se puede acumular con la caución; el tiempo de duración es el mismo que el de la prisión preventiva (9 y 18 meses) y rigen las reglas de la suspensión de la misma cuando vencido el tiempo no se ha dictado sentencia de primer grado. Cuando sea necesario se impondrá limites o prohibiciones a la facultad del procesado de comunicarse con personas, distintas a aquellas que habitan con él o que lo asistan.

Si desaparecen los presupuestos señalados en los apartado b) a d) señalados (enfermedad grave, incapacidad permanente y gestación), previo informe pericial, se dispondrá la inmediata prisión del imputado, lo que hace de esta medida una de naturaleza relativa y temporal, con excepción al supuesto de la edad.

5. LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

El internamiento preventivo, esta regulada de manera tal que podríamos considerarla como una medida alternativa o sustitutiva de la prisión preventiva aplicable a los imputados que padecen de enfermedades psiquiátricas.

En el artículo 293 del Código Procesal Penal 2004 se establece lo siguiente: " El Juez de la Investigación Preparatoria podrá ordenar la internación preventiva del imputado en un establecimiento psiquiátrico, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para terceros". Para ello se deben cumplir determinados presupuestos: a) suficiencia probatoria en torno a que el imputado es participe de un hecho punible y que será pasible de una medida de seguridad; b) La existencia de una presunción suficiente de que el imputado no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de inves-

tigación -el peligro procesal se rige por lo dispuesto en los artículos 269 y 270-. No será necesaria la concurrencia del imputado si su estado de salud no lo permite, pero es obligatoria la presencia de su defensor. El imputado podrá ser representado por un familiar.

6. EL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS

La nueva regulación considera que esta medida es independiente. Esta medida de coerción preponderantemente tiende a garantizar la verdad[225], no es sólo una medida provisional con fines cautelares, la cual se extiende a los testigos.

Esta medida de coerción procede contra el imputado también a pedido del Fiscal, cuando se trate de delito con pena privativa mayor a tres años y resulte necesario para la indagación de la verdad. Comprende el impedimento de salida del país, de la localidad donde domicilia, o del lugar que se le fije; se debe establecer el tiempo de duración y la motivación respectiva. El Juez citará a las partes a una audiencia, las escuchará y resolverá el pedido.

El impedimento de salida del país, es una medida temporal, no debe durar más de cuatro meses y su prolongación sólo procede por un plazo igual. A diferencia de la legislación anterior, también procede el impedimento de salida para los testigos que sean considerados importantes para el caso; sin embargo, la medida no podrá durar por más de treinta días (art. 295, 296).

7. LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS

Este tipo de medidas suponen una restricción provisional de algún derecho individual del imputado, el mismo que sería limitado por una pena de inhabilitación. Dos son las finalidades legítimas que este tipo de medidas tienen: a) la prevención de la reiteración delictiva, la cual

225 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal II*. Volumen II, Grijley, segunda edición, Lima, 2003, p. 1166.

se vería facilitada si el imputado continuase desempeñando determinado función; b) el aseguramiento de prueba, ya que el imputado podría obstaculizar la actividad probatoria, valiéndose de esta actividad[226].

La legislación procesal prevé que en los casos que el delito se encuentre sancionado con pena de inhabilitación, sea como principal o como accesoria o cuando fuera necesario para evitar la reiteración delictiva. Se requiere a) suficiencia probatoria; y b) peligro concreto de que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad o cometerá nuevamente el mismo delito (art. 297).

La medida de suspensión de derechos comprende: 1) suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 2) suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público, excepto aquéllos originados por elección popular; 3) prohibición temporal de actividad profesional, comercial o empresarial; 4) suspensión temporal para conducir vehículo o portar armas; y 5) prohibición de acercarse al ofendido o su familia, la obligación de abandonar el hogar o la suspensión temporal de visitas.

El pedido está a cargo del Fiscal y previa audiencia dirigida por el Juez con intervención de las partes, se dicta la medida de suspensión de derechos que corresponda o se deniega. El tiempo de duración será la mitad del plazo que prevé la ley penal para la inhabilitación.

III. MEDIDAS DE COERCIÓN REAL

La adopción de las medidas coercitivas o cautelares no sólo comprende las distintas formas de asegurar la presencia del imputado a la causa penal. Como enseña RAMOS MÉNDEZ, el objeto civil del proceso penal exige no desatender las necesidades de tutela que surjan en relación con el mismo,[227] por ello es necesario el aseguramiento de la reparación civil que pueda imponerse en la sentencia penal condenatoria.

226 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal II.* Volumen II, citado, p. 1174.
227 RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal.* Sexta Lectura Constitucional, citado, p. 203.

Las medidas de coerción de carácter real son aquellas que inciden sobre el patrimonio del imputado con el objetivo de impedir -durante el desarrollo del proceso-, determinadas acciones que se estimen perjudiciales en relación a la efectividad de las consecuencias jurídicas - económicas del delito, de la sentencia (función cautelar), como a la eficacia del proceso (función aseguratoria de la prueba y tuitiva).[228] De lo afirmado, las medidas coercitivas reales pueden tener una naturaleza meramente civil o penal dependiendo del objeto a que se hallen orientadas: civil o penal.[229]

1. EL EMBARGO

El embargo que es el derecho indemnizatorio del agraviado, que se torna eventual, si se tiene en cuenta que se debe esperar al resultado final del proceso. Se trata entonces de una medida cautelar de naturaleza patrimonial en contra del imputado (y del tercero civil) a fin de garantizar la efectividad de la indemnización de los daños y perjuicios que ocasiona la conducta delictiva. En consecuencia, cuando a través del embargo se cautela la pretensión pecuniaria de la víctima desde el inicio del proceso y en espera que se dicte una sentencia condenatoria que establezca el monto de la reparación civil. Tratándose de una institución procesal fundamentalmente de orden civil, las disposiciones penales deben concordarse necesariamente con aquellas.

El nuevo código establece que el embargo puede realizarse durante la investigación preliminar o preparatoria, sea de oficio por el Fiscal o a pedido de la parte agraviada y comprende los bienes libres o derechos embargables al imputado y tercero civil, "a fin de asegurar

228 SAN MARTÍN CASTRO, César., *Derecho procesal penal II*. Volumen II, citado, p. 1177.

229 MORENO CATENA señala lo siguiente: "La existencia de las medidas cautelares reales en el proceso penal se justifica por la condena en costas, o porque el delito sea de los que llevan aparejada la pena de multa, o, por ultimo, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel..." En: MORENO CATENA) y otros., *El proceso penal*, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pag. 1.778.

la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas." (art. 302). En tal sentido, el Fiscal indagará sobre los bienes susceptibles de embargo y hará el pedido formal al Juez de la Investigación Preparatoria, el que, atendiendo a la documentación existente, emitirá pronunciamiento sobre la medida requerida u ordenando la que sea más adecuada, incluso pudiendo resolver sobre la contra cautela ofrecida.

Se señala que cualquier pedido que pretenda impedir o dilatar la ejecución de la medida de embargo es inadmisible; ejecutada la media se notifica a las partes con el mandato de embargo; y se puede apelar de la resolución judicial dentro del tercer día de notificado (art. 304).

Cuando al término del proceso se haya dictado una sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o alguna resolución equivalente, que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, se levantará, de oficio o a pedido del interesado, el embargo adoptado. Por otro lado, cuando se dicte una sentencia condenatoria, se requerirá de inmediato al afectado (imputado o tercero civil) el cumplimiento de las responsabilidades correspondientes, bajo el apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa del bien afectado (art. 306).

Como se puede apreciar, a diferencia de la institución procesal del embargo en la legislación anterior, con la nueva regulación procesal penal, se busca generar una normatividad más efectiva, rápida y asegurativa de los derechos indemnizatorios que se deben otorgar al actor civil en el proceso, permitiéndose, incluso, la variación o alzamiento o la sustitución de la medida bajo determinados presupuestos.

2. OTRAS MEDIDAS REALES

La regulación procesal en su artículo 315 señala que estas medidas, podrán variarse, sustituirse o cesar cuando resulte indispensable, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y al principio de proporcionalidad.

2.1. Orden de inhibición

En los casos en que tiene lugar el embargo, pero éste no se puede hacer efectivo, porque no se conocen bienes del afectado o porque estos no cubren el monto, se puede solicitar orden de inhibición.

Como todas las medidas de coerción real, las dicta el Juez a solicitud del Fiscal o del actor civil, a fin de disponer o gravar los bienes del imputado o del tercero civil. La mencionada orden se inscribirá en Registros Públicos. Según el artículo 310.2 rige las normas previstas para el embargo.

2.2. El desalojo preventivo

El poseedor tiene la facultad de defender su posesión por medio de la regulación vigente a través de los interdictos, las acciones posesorias y de desalojo -todas ellas de carácter civil- y ahora, en la presente regulación, de orden procesal penal, se le da la oportunidad de protegerla a través de una medida de coerción real regulada en el proceso penal, esto es, el desalojo preventivo. Se trata de una medida real, inmediata y con fines de aseguramiento del patrimonio afectado.

La ley procesal establece que, a solicitud del Fiscal o del agraviado -el poseedor-, en los delitos de usurpación, el Juez podrá ordenar, el desalojo preventivo del inmueble que se encuentre indebidamente ocupado en el término de 24 horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado. Para ello se necesita que el derecho del agraviado se encuentre acreditado de manera suficiente y que existan elementos de juicio que permitan sustentar la comisión del delito (art. 311).

La solicitud de desalojo y ministración provisional se puede presentar en cualquier estado de la Investigación Preparatoria, y estará acompañada de los documentos pertinentes que acrediten el derecho del ofendido y la comisión del delito. Contra la resolución del juez cabe recurso de apelación.

2.3. Medidas anticipadas

Las medidas anticipadas surgen ante la necesidad de hacer que la justicia sea más rápida, se deriva del principio de celeridad procesal. Esta clase de medida se encuentra regulada en el Código Procesal Civil, en su artículo 618, primer párrafo, del siguiente modo: "Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva."

En el nuevo proceso penal, este tipo de medidas pueden ser solicitadas, de manera excepcional, por la parte legitimada (fiscal o actor civil), al órgano jurisdiccional a fin de: a) evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos; b) ejecutar, anticipada y provisionalmente, las consecuencias pecuniarias del delito. (art. 312). La concesión de esta medida dependerá del caso específico, ello dependerá de la naturaleza de los bienes jurídicos vulnerados con la comisión del delito.

2.4. Medidas preventivas contra personas jurídicas

En materia penal, es frecuente los cuestionamientos sobre las consecuencias jurídicas imponer a las personas jurídicas, porque estas no se encuentran sujetas al principio de culpabilidad, como las personas físicas. Sin embargo, en materia cautelar es diferente pues no se parte del presupuesto que la persona jurídica sea imputable o no de la comisión de determinado delito, sino que se atiende a los principios que rigen las medidas de coerción.

El Código prevé las siguientes medidas, de carácter preventivas a imponer a las personas jurídicas, sólo a solicitud de las personas legitimadas:

a. La clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos;

b. La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades;

c. El nombramiento de un Administrador Judicial;

d. El sometimiento a vigilancia judicial;

e. Anotación o inscripción registral del procesamiento penal.

Los presupuestos que deben concurrir para la imposición de estas medidas de coerción son: a) suficiencia probatoria de la comisión del delito y la vinculación de la persona jurídica en las formas previstas en el artículo 105 del Código Penal -cuando el hecho punible es cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización-; b) necesidad de poner fin a la permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, se exige la existencia de un peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculice la averiguación de la verdad o que se cometan delitos de la misma clase.

La duración de este tipo de medidas, no podrá superar más de la mitad del tiempo previsto para las medidas temporales establecidas en el artículo 105 del Código Penal (establece el limite temporal de las medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencias accesorias, es decir, cuando ya se determinó la "*participación*" de la persona jurídica, por medio de la sentencia penal). El Código prevé que al tratarse de delitos ecológicos, la suspensión o clausura, durará hasta que se subsanen las afectaciones al ambiente, por las cuales se procedió judicialmente.

2.5. Pensión anticipada de alimentos

Esta medida es una especialidad tradicional de las "medidas anticipadas", su objeto es anticipar lo que va ser materia de decisión en la sentencia final, en cuanto a las consecuencias civiles del delito, su naturaleza responde a la función cautelar.

El código prevé que en los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual, o en delitos que se relacionan con la violencia familiar, el Juez, a solicitud de la parte legitimada, impondrá una pensión de alimentos para los directamente ofendidos que a consecuencia del hecho punible cometido se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades. El monto de la asignación que han de pagar el imputado o el tercero

civil, será fijado por el Juez y serán descontadas de las que se establezca en la sentencia. Por ello es posible afirmar que esta pensión anticipada de alimentos equivale a un adelanto del contenido de la sentencia.

3. LA INCAUTACIÓN (O SECUESTRO)

La incautación o secuestro consiste en la aprehensión de una cosa, por orden judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal[230]. Por lo tanto, la incautación posee doble naturaleza, puede ser de orden instrumental o cautelar, según su finalidad.

La incautación o secuestro, como *medida cautelar* de naturaleza real, constituye una limitación al derecho de posesión, que implica la aprehensión y ocupación de las cosas que guardan relación con el hecho delictivo y además tienen una función de conservación de las mismas, para que puedan ser apreciadas por el juzgador, debiéndose resaltar que esta medida recae sobre los efectos e instrumentos del delito y en tanto es dispuesta por el juez (jurisdiccionalidad), debe considerarse como una medida cautelar, cuya naturaleza es distinta a la incautación o secuestro *conservativo*, que tiene una finalidad estrictamente probatoria. Por otro lado, la *incautación o secuestro conservativo*, los bienes incautados, pueden estar en directa vigilancia y cuidado del juzgado -*custodia directa*-, o también bajo la conservación de otra entidad cuando así lo haya dispuesto el juez con la previsión de su disponibilidad -*custodia indirecta*-; deben estar a disposición del fiscal y del órgano juzgador; y pueden ser tenidos hasta después del juicio o el archivo del proceso[231]

En el presente acápite desarrollaremos esta institución desde el punto de vista cautelar, tal y como esta definido en el Código Procesal Penal 2004.

---

230 CAFFERATA NORES J., *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner – Editora Córdova, 1983, p. 125

231 MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ., *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 225.

3.1. Objeto de incautación

Son objeto de incautación los efectos provenientes de la comisión del delito o los instrumentos con los que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por ley. Estos bienes pueden ser incautados durante la investigación preliminar y la investigación preparatoria, por la Policía o por el representante del Ministerio Público, siempre que exista peligro en la demora. Luego de haber sido incautados estos objetos, el Fiscal tiene la obligación de requerir al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria (art. 316).

Para dictar esta medida, el Juez debe tener en cuenta las previsiones y limitaciones consignadas en los artículos 102 y 103 del Código Penal, estos es, las normas propias de la consecuencia accesoria del decomiso. Es decir, que el Juez resolverá la incautación de los bienes mencionados (bienes, dinero, ganancias o cualquier producto) a excepción que exista un proceso autónomo para ello (art. 102), y cuando los efectos o instrumentos no sean de ilícito comercio y no guarde relación con el delito cometido, el Juez no decretará la incautación o puede decretarlo parcialmente (art. 103).

Cuando no exista peligro en la demora, las partes legitimadas, deben solicitar al Juez la expedición de la medida de incautación. En ambos casos (haya o no peligro en al demora) debe concurrir el peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar, prolongar las consecuencias del delito, o pueda facilitar la comisión de otros delitos.

3.2. Bienes incautados

Los bienes incautados deben ser registrados rigurosamente (art. 318). Para los efectos de determinar el lugar de custodia y la reglas de administración de los bienes incautados, el código prevé que la Fiscalía de la Nación será la encargada de dictar las disposiciones reglamentarias correspondientes, lo que no es más que la explicitación de una de las funciones propias de la Fiscalía de la Nación.

En el caso que no exista el peligro de los fines de aseguramiento que motivaron la adopción de esta medida, el bien incautado, puede ser: a) devuelto al afectado, a cambio del depósito inmediato de su valor; o b) entregado provisionalmente al afectado, bajo la condición que pueda ser revisado en cualquier momento hasta la conclusión del proceso. En el primer caso, el importe que deposite el afectado ocupará el lugar del bien y en el segundo se necesitará que el afectado presente caución, garantía real o determinadas condiciones.

En el caso que una persona -distinta al imputado- alegue derecho de propiedad sobre el bien incautado o tenga sobre el bien algún derecho -cuya extinción pueda ser ordenada en el caso de incautación o decomiso- se autorizará su participación en el proceso. Las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados, que no hayan intervenido en el delito investigado, pueden solicitar el reexamen de la medida dictada.

Terminado el proceso penal principal a favor de imputado (sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o archivo de las actuaciones) los bienes incautados serán restituidos a quien tenga derecho, excepto cuando se trate de bienes intrínsecamente delictivos. La restitución no podrá ser ordenada, cuando se deben garantizar -a solicitud de las partes legitimadas- el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas (art. 320).

Capítulo VII
LOS PROCESOS ESPECIALES

I. INTRODUCCIÓN

En doctrina, como en el derecho comparado se diferencia entre procedimiento ordinario, procedimientos especiales y especialidades procedimentales,[232] distinguiéndose el primero por constituir el proceso regular, base de todas las formas de procedimiento, el segundo, que se destaca por contener entre sus disposiciones determinadas particularidades del procedimiento ordinario, que se manifiestan en la forma de inicio de la investigación preliminar, la adopción de las medidas de coerción, entre otros, pero manteniendo la estructura del proceso ordinario, cuyas normas de naturaleza supletoria; y el tercero que constituyen en sí procesos regulados dentro del mismo código o en leyes especiales.[233] Nuestro Código Procesal Penal al proceso penal ordinario lo denomina "proceso común" (libro tercero).

El Código Procesal Penal 2004 introduce -como sucede con los procesos penales modernos-, distintos procedimientos bajo la denominación de *procesos especiales* con la finalidad de contar con esquemas alternativos al proceso ordinario y que además faciliten el procesamiento de determinados casos en atención a: la flagrancia o suficiencia probatoria, determinados mecanismos de simplificación,

---

232 Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial IDEMSA, 2005, p. 901 y ss. MONTÓN REDONDO, A., Derecho Jurisdiccional, III, con MONTERO AROCA, Valencia, 1997, p. 479.

233 Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta lectura Constitucional, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 315. Sostiene el referido autor que el proceso penal debe ser único en todos los casos, sin perjuicio de que las particulares acotaciones que haya que hacer en alguna de sus fases para cubrir supuestos determinados.

mecanismos del derecho penal premial, las personas investigadas o afectadas por el delito.

De esta manera se regula debidamente el procedimiento que se debe seguir en atención a características muy particulares. La lógica central de los procesos especiales radica en su *alternatividad* al proceso ordinario, con sus propias características, que precisamente lo distinguen de aquel y que deben de ser utilizados para cumplir con sus finalidades.

Los procesos, llamados especiales, son los siguientes:

1. El proceso inmediato.
2. El proceso por razón de la función pública. Comprende:
   a. Proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos.
   b. Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios.
3. El proceso de seguridad.
4. El proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal.
5. El proceso de terminación anticipada.
6. El proceso por colaboración eficaz.
7. El proceso por faltas.

II. EL PROCESO INMEDIATO

Es un proceso especial que atiende al criterio de simplificación procesal, pues busca abreviar al máximo el procedimiento. La finalidad de este proceso especial es evitar que la etapa de la investigación preparatoria sea una etapa ritualista e innecesaria, dándole la oportunidad al representante del Ministerio Público de formular directamente acusación y que ésta sea aceptada sin la necesidad de realizar la audiencia preliminar de la etapa intermedia.

Se trata del proceso con potencialidad para convertirse en uno de los más comunes dadas las características singulares que tiene, lo cual dependerá de realizar una eficiente investigación preliminar.

1. SUPUESTOS DE APLICACIÓN (ARTÍCULO 446)

Procede en los casos de flagrante delito, confesión del imputado y suficiencia probatoria acumulada en la investigación preliminar, en éste último caso, previo interrogatorio del imputado.

a. *Flagrancia delictiva.*- La norma procesal sobre flagrancia ha sido modificada por el Decreto Legislativo 983[234]. Conforme al cambio normativo, el delito es fragrante cuando el agente "es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo", que es el supuesto de *flagrancia y cuasi flagrancia*, respectivamente. También se agrega al texto original que hay flagrancia cuando el agente "ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible", lo que amplia el conocido supuesto de presunción legal de *flagrancia* pues exige que el agente huya de la escena del delito, se le haya *identificado* -por testigos o video- y se le detenga dentro de las 24 horas siguientes. También se amplia el supuesto de *presunción legal de flagrancia*, limitándolo en el tiempo cuando el sujeto "es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso" (art. 259.1).

234 Publicado en el diario oficial el 22 de julio del 2007.

Se trata del proceso con potencialidad para convertirse en uno de los más comunes dadas las características singulares que tiene, lo cual dependerá de realizar una eficiente investigación preliminar.

1. SUPUESTOS DE APLICACIÓN (ARTÍCULO 446)

Procede en los casos de flagrante delito, confesión del imputado y suficiencia probatoria acumulada en la investigación preliminar, en éste último caso, previo interrogatorio del imputado.

a. *Flagrancia delictiva.*- La norma procesal sobre flagrancia ha sido modificada por el Decreto Legislativo 983[234]. Conforme al cambio normativo, el delito es fragrante cuando el agente "es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo", que es el supuesto de *flagrancia y cuasi flagrancia*, respectivamente. También se agrega al texto original que hay flagrancia cuando el agente "ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible", lo que amplia el conocido supuesto de presunción legal de *flagrancia* pues exige que el agente huya de la escena del delito, se le haya *identificado* -por testigos o video- y se le detenga dentro de las 24 horas siguientes. También se amplia el supuesto de *presunción legal de flagrancia*, limitándolo en el tiempo cuando el sujeto "es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso" (art. 259.1).

234 Publicado en el diario oficial el 22 de julio del 2007.

b. *Confesión del imputado.*- La confesión es la declaración judicial voluntaria que hace el imputado sobre la realización del delito incurrido. El artículo 160 exige que para que haya confesión, el imputado debe de admitir los cargos o imputación formulada en su contra (confesión simple) o cuando, adicionalmente, es sincera y espontánea, en cuyo supuesto podrá reducirse la pena en una tercera parte por debajo del mínimo legal (confesión sincera, art. 161), no siendo de aplicación dicha reducción de pena si se trata de un caso de flagrancia o exista suficiencia probatoria, por mandato expreso de la indicada norma procesal.

c. *Suficiencia probatoria.*- El proceso inmediato también se viabiliza cuando existe suficiencia probatoria sobre la comisión del delito, es decir, se cuenta con los elementos de prueba suficientes (admisión de cargos del imputado, declaraciones testimoniales, actas de incautación, reconocimiento que hace el agraviado, documentos audiovisuales, etc.) para sustentar la acusación y la eventual sentencia de condena. En estos casos, los elementos probatorios de cargo son de tal magnitud que hacen innecesaria continuar la investigación preparatoria

En el supuesto que exista pluralidad, este proceso especial, será viable, si todos se encuentran si todos ellos se encuentran en uno de los supuestos de aplicación y estén implicados en el mismo delito. En caso que exista delitos conexos, estos no se podrán acumular, salvo que ello -la acumulación- resulte indispensable o que la no acumulación perjudique la investigación.

2. TRÁMITE Y RESOLUCIÓN

Corresponde al Fiscal realizar la solicitud ante el Juez de la Investigación Preparatoria formulando *requerimiento* de proceso inmediato, el cual deberá ser presentado cuando se haya culminado la investigación preliminar o antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Dicho requerimiento estará acompañado del expediente fiscal formado en la investigación preliminar con los elementos

probatorios existentes. El Fiscal puede igualmente requerir al Juez la adopción de la medida de coerción que considere pertinente (art. 447).

Si el Juez declara procedente el proceso especial -la resolución que emita es apelable con efecto devolutivo- notificará al Fiscal a fin de que formule acusación, la misma que será remitida al Juez Penal para que dicte el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio para la realización del juzgamiento bajo las reglas comunes. Como se puede apreciar, la idea del proceso inmediato es pasar inmediatamente de la investigación preliminar al juzgamiento, suprimiendo las etapas de investigación preparatoria e intermedia. En el caso que el pedido se declare improcedente, se continuará con la investigación preparatoria a cargo del Fiscal. Por otro lado, a solicitud del imputado, hasta antes que el fiscal formule acusación, puede instarse el proceso especial de terminación anticipada

3. PROCESO INMEDIATO Y ACUSACIÓN DIRECTA: DIFERENCIAS

El artículo 336.4, del nuevo código regula lo que algunos operadores jurídicos han llamado "acusación directa", cuya redacción es la siguiente: "El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación". Esta disposición ha sido considerada también como una "acusación por salto" y además, muy parecida al proceso inmediato que prevé el art. 446.1 c) que establece que el fiscal podrá solicitar dicho proceso cuando "los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes". Sin embargo, se deben hacer las siguientes precisiones.

Primero, el proceso inmediato, es un proceso especial, con normatividad propia, y la acusación directa o por salto, se ubica como una posibilidad que ha creado el legislador para abreviar el proceso dentro del trámite ordinario. Segundo, el proceso inmediato suprime tanto la investigación preparatoria, como la etapa intermedia, siempre y cuando

medie la aprobación del Juez de la Investigación preparatoria, es decir, se pasa directamente de la etapa de investigación preliminar, o en su caso, de una etapa inicial de investigación preparatoria, a la fase de juzgamiento, previo control judicial. En cambio, el trámite regulado en el artículo 336.4 da la atribución al Fiscal de formular directamente acusación, pero sin obviar trámites necesarios como lo es la audiencia preliminar, es decir, no se suprime, en modo alguno, la etapa intermedia donde el Juez de la Investigación Preparatoria, deberá ejercer el control de acusación en Audiencia.

Dentro del contexto en que se ubica la llamada acusación directa (art. 366), relativo a la formalización y continuación de la investigación preparatoria, los requisitos y contenido de la disposición, así como la comunicación de dicha decisión al juez, y atendiendo a que el legislador no ha considerado disposición complementaria al art. 366.4, puede entenderse que se trata de una posibilidad más del fiscal al momento de dar inicio a la investigación preparatoria, es decir, formular directamente la acusación pues lo actuado permite establecer "suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado" y pasar a la fase intermedia del proceso ordinario. En cualquier caso, le corresponderá al fiscal optar por el pedido de un proceso inmediato o por la acusación directa, pudiendo incluso, admitirse el pedido del imputado a la terminación anticipada. La decisión dependerá del caso concreto, de las posibilidades de simplificación del proceso y atendiendo a la fuerza conviccional que tengan los medios de prueba recolectados durante la investigación preliminar.

III. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La instauración de los procesos que pasaremos a examinar forma parte de los procesos especiales en razón de la función pública que ejercen los funcionarios o servidores públicos a quienes se les incrimina comisión de hechos punibles.

Los casos conocidos en los últimos años y las dificultades de naturaleza procedimental existentes han motivado en el legislador la

regulación de estos procesos atendiendo a criterios jurídicos para dar cumplimiento a una investigación y posible juicio de determinadas autoridades públicas que tiene merecimiento especial o prerrogativa por su condición y función estatal, bajo el marco del proceso debido.

1. PROCESO POR DELITO DE FUNCIÓN ATRIBUIDOS A ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El presente proceso especial se relaciona directamente con la acusación constitucional prevista en el artículo 99° de nuestra Carta Fundamental. Dicha norma establece lo siguiente: "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de Corte Suprema; a los Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas."

El Tribunal Constitucional ha señalado que este privilegio del antejuicio político, del que son beneficiarias las autoridades citadas, permite que no sean procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual la Comisión Permanente del Congreso debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como la subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.[235] En el mismo sentido, señala la sentencia del TC que una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia "y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran

235 STC, Exp. N° 0006-2003-AI/TC-Lima, citado por BERMUDEZ TAPIA, Manuel., La Constitución de 1993 a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional, Ediciones Legales, segunda edición, septiembre 2008, p. 443.

la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal. De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decidor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial."[236]

Como se puede apreciar, un presupuesto de suma importancia lo constituye la relación funcionario – hecho punible y cargo que ejerce, es decir, que se trate de delitos que incurra la alta autoridad en *ejercicio de sus funciones*. Sobre la base de las reglas previstas para el proceso común, se observarán disposiciones especiales.

a. *Altas autoridades que comprende.*- Como se ha dicho, la especialidad del proceso radica en la calidad de las máximas autoridades de la República y la necesidad de que por sus investiduras y altísimas responsabilidades, se encuentren sometidos a ciertos privilegios para efectos de la investigación y juzgamiento en caso de imputación de delito. Naturalmente, este procedimiento hace que tales autoridades sean investigadas por magistrados del máximo nivel fiscal y juzgadas por el máximo orden jurisdiccional, bajo fórmulas flexibles en la realización de las diligencias, pero con los mismos objetivos de determinación del delito y de responsabilidad penal de los imputados. La constitución no les otorga mayores privilegios que los señalados en la ley procesal.

b. *Normas especiales de procedimiento.*- Este proceso especial se regula en los artículos 449 – 451 del nuevo código procesal penal. Sus características principales son las siguientes:

b.1. Se requiere de previa denuncia constitucional, siguiendo las normas del Reglamento del Congreso y la ley, por el

236 Idem, p. 443.

Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito, o por los Congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, se requiere la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso, lo cual exige la calificación jurídica de los hechos investigados.

b.2. Dicha resolución acusatoria debe ser remitida con sus recaudos al Ministerio Público, y en el plazo de cinco días de recibida la misma, el Fiscal de la Nación deberá emitir la Disposición, por medio de la cual, comunicará a la Sala Penal de la Corte Suprema, el inicio de la investigación preparatoria.

b.3. Recibida la denuncia, se designará al Vocal Supremo que actuará como Juez de Investigación Preparatoria y a los integrantes de la Sala Suprema Especial que actuará como instancia de juicio y conocerá de las apelaciones. En el mismo sentido, el Fiscal de la Nación designará a los Fiscales Supremos que deben de intervenir en cada fase de este proceso especial. Al interior del Ministerio Público tal designación puede quedar preestablecida por disposición de la Fiscalía de la Nación.[237]

b.4. El Vocal Supremo de la Investigación Preparatoria en el mismo plazo de cinco días, dictará auto aprobando la formalización de la Investigación Preparatoria, citando al Fiscal Supremo y al imputado. La ley señala expresamente que (art. 450.4). Ciertamente se trata de disposiciones que no se condicen con los principios de independencia en la función fiscal y jurisdiccional, sobre todo si se tiene en cuenta que el Ministerio Público es el titular en el ejercicio público de la acción penal y le corresponde, de manera autónoma e independiente, la calificación jurídico penal y

237 El Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo actúa como Fiscal investigador; el Fiscal de la Primera Fiscalía Suprema Penal, como Fiscal de segunda instancia; y el Fiscal de la Segunda Fiscalía Suprema Penal como Fiscal de última instancia. Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1116-2007-MPFN, de fecha 21 de septiembre de 2007.

por lo tanto no está obligado -tampoco el Poder Judicial- a la tipificación que sobre los hechos haga el Congreso. Sin embargo, debe de señalarse que en tanto no se modifique la Constitución en los artículos correspondientes, no se podrá legislar en forma distinta, lo que significará que las normas imperativas que son materia de análisis, y que ya hemos criticamos jurídica y académicamente, serán cambiadas o adecuadas cuando se cambie el texto de la Constitución.

b.5. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, en el numeral 6 se establece la posibilidad de que se enmiende la tipificación efectuada por el Congreso en su resolución acusatoria. En efecto, si de la investigación preparatoria el Fiscal Supremo advierte que la calificación jurídica de los hechos es distinta a la formulada en la acusación congresal, emitirá una Disposición al respecto y requerirá al Vocal Supremo de la Investigación Preparatoria que emita la resolución aprobatoria correspondiente, previa audiencia con la concurrencia de las partes. Se establece expresamente que para este caso no se requerirá la intervención del Congreso. Esta posibilidad de recalificación jurídico penal resulta congruente con lo señalado líneas arriba máxime, cuando la calificación congresal sea claramente errónea. Por otro lado, cuando exista una necesidad de ampliar el objeto de la investigación, el Fiscal Supremo comunicará de este hecho al Fiscal de la Nación a fin de que formule la denuncia constitucional al Congreso.

b.6. Dentro del mismo proceso especial, una vez notificado el Fiscal Supremo competente, asumirá la dirección de la investigación bajo las mismas reglas del proceso común e igualmente podrá solicitar al órgano jurisdiccional supremo las medidas de coerción que considere necesarias o cualquier otra medida que requiera de su intervención.

b.7 Se establece la posibilidad de interponer medios de defensa técnicos (excepciones, cuestiones previas, prejudi-

ciales, u otras) una vez iniciada la Investigación Preparatoria. Estas posibilidades procesales también pueden eliminar la calificación jurídica efectuada que impone el Congreso.

b.8 El juicio oral se realiza según las normas del proceso común por la Sala Suprema Especial y la sentencia que dicte puede ser objeto de impugnación, la misma que será resuelta por otra Sala Suprema. Contra lo resuelto no cabe impugnación.

b.9 La absolución, el sobreseimiento o el archivo que sigue a algún medio de defensa técnico a favor del imputado, le devuelve a éste sus derechos políticos de manera automática, por lo que no se requerirá acuerdo del Congreso, lo que resulta congruente con las facultades jurisdiccionales que tienen los jueces en este proceso especial, máxime si también les corresponde en estos casos la tutela de los derechos políticos de la persona.

b.10. Se señala también de manera expresa que vencido los cinco años sin que se haya iniciado el proceso penal especial, el ex funcionario público pierde su prerrogativa procesal y será sometido al proceso penal común. Se deja para el debate el caso del alto funcionario público que transcurridos los cinco años, ocupa el mismo cargo u otro similar dentro del contexto del artículo 99 de la Constitución, pues no se trataría de un "ex funcionario público". El delito debe ser sancionado, sobre todo, debido a la condición de su autor y la función pública que ejerce, por lo que la prerrogativa constitucional de orden procesal no debe generar supuestos de impunidad. Finalmente se establece que el plazo de cinco años que señala la Constitución en el artículo 99, no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal, conforme al artículo 84 del Código Penal.

Como se podrá apreciar, no existe una Investigación Preliminar, como lo prevé el nuevo Código, por la naturaleza de

la intervención congresal; de allí que se le haya regulado como proceso especial, pero también resultaría poco apropiado atribuir a aquella la naturaleza de una investigación preliminar pues es de orden política, imperativa y dirigida por órganos distintos a los encargados de la persecución penal común de los delitos. Se puede abrir el debate sobre este punto en una perspectiva de *lege ferenda.*

c. *Conversión del proceso común u ordinario.*- La ley procesal establece que si en el curso de un proceso común se determina que un imputado se encuentra incurso en el artículo 99 de la Constitución, el Juez, de oficio o a pedido de parte, previa audiencia, remitirá copia de lo actuado a la Fiscalía de la Nación a fin de que proceda a la formulación de la denuncia constitucional; si la máxima autoridad del Ministerio Público rechaza el pedido, solicitará la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema, la misma que emitirá resolución inimpugnable. Esta disposición que aparece en el art. 451.1 del código, resulta contrario al principio de titularidad en el ejercicio de la acción penal que tiene el Ministerio Público y que se consagra la Constitución (art. 159), pues el órgano jurisdiccional no puede imponerle la formulación de la referida denuncia, salvo que se interprete que la Sala Suprema pueda dirigirse directamente al Congreso formulando denuncia, lo que debería ser discutido dentro del marco constitucional.

También se establece -y que merecerá debate al respecto por las implicancias procesales y ausencia de jurisprudencia- la posibilidad de acumular las causas seguidas contra los altos funcionarios que prevé este proceso especial y que haya merecido del Congreso resolución acusatoria, con las personas que carecen de dicha condición especial pero que han participado del mismo hecho delictivo (art. 451.2).

2. EL PROCESO POR DELITO COMÚN ATRIBUIDO A CONGRESISTAS Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El legislador ha regulado un proceso especial cuando se trata de la comisión de delitos comunes atribuidos a determinadas autoridades públicas. El art. 452.1 comprende a los Congresistas, al Defensor del Pueblo y los miembros del Tribunal Constitucional. Esta prerrogativa cubre desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. En tal sentido, durante dicho plazo no podrán ser sometidos a investigación preparatoria ni juzgamiento, sino hasta que el Congreso o el Tribunal Constitucional, según el caso y procedimiento, emita una autorización expresa. Queda claro que no hay ningún impedimento para realizar la investigación preliminar que, precisamente, es la que conllevaría al pedido de autorizaciones.

En caso de flagrante delito, el funcionario detenido será puesto a disposición del Congreso o del Tribunal Constitucional, dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se pronuncie sobre la autorización para la detención y el juzgamiento, en tal sentido, se abrevia el procedimiento (art. 452.2).

Como se puede observar, el legislador hace la precisión de que se trata de delitos de naturaleza común incurrido fuera del ejercicio de las funciones que son propias de su autoridad. Es el caso del delito de usurpación, lesiones, homicidio, falsificación de documentos, encubrimiento personal, etc. Dado el nivel del funcionario, se crea un espacio de control y decisión sobre la investigación penal iniciada y su continuidad.

Esto último depende de la calificación política que se decida, siendo posible que no exista autorización de la institución competente, en cuyo caso, el proceso preliminar quedará en suspenso hasta que se cumpla el plazo que señala la ley (desde que es elegido hasta un mes después de haber cesado en sus funciones), debiéndose tener en cuenta los términos prescriptorios para continuar o no la persecución penal

común, aunque también puede resultar que el hecho no llegue a investigarse si la misma persona es reelegida como funcionario de alto nivel.

Este proceso establece las siguientes reglas a seguir:

a. La investigación preparatoria y el juzgamiento se rigen bajo las normas del proceso común.

b. El juicio oral se realizará por un Juzgado Colegiado.

c. Procede el recurso de casación.

d. Si en las investigaciones preliminares o en el curso del proceso se advierte que el imputado está incurso en las prerrogativas señalada anteriormente, el Juez, sea de oficio o a petición de parte, y previa audiencia, emitirá resolución, la que será inimpugnable, elevará lo actuado respecto de aquel, al Presidente de la Corte Superior para que a su vez lo remitan las actuaciones al Congreso o Tribunal Constitucional, para efecto de la expedición de la autorización correspondiente; reservándose el proceso común respecto de dicho funcionario hasta la decisión final por el órgano competente; y si hubieran otras personas procesadas, continuará la causa.

3. EL PROCESO POR DELITO DE FUNCIÓN ATRIBUIDO A OTROS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (MAGISTRADOS Y PROCURADORES)

Este proceso especial se sigue contra magistrados de primera y segunda instancia del Poder Judicial y del Ministerio Público (Vocales y Fiscales Superiores, Fiscales Adjuntos Supremos, Jueces de Primera instancia y Fiscales Provinciales, Fiscales Adjuntos Provinciales y Jueces de Paz Letrados y otros funcionarios que señala la ley), Procuradores Públicos y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, por delito incurrido en ejercicio de su función. En estos casos, corresponderá al Fiscal de la Nación emitir una Disposición que decida el ejercicio de la acción penal, ordenando al Fiscal competente la realización de la investigación preparatoria. Para tal efecto, deberá realizarse previamen-

te una investigación preliminar por la Fiscalía de la Nación o la Fiscalía Suprema que administrativamente tenga tal función.

Tratándose de flagrante delito, no se requerirá de la autorización del Fiscal de la Nación, pues la persona intervenida será puesta a disposición del Fiscal Supremo o Superior correspondiente, según el caso, para efecto de que formalice la Investigación Preparatoria. Se sigue, en esencia, lo previsto en la legislación anterior y en tal sentido, la autoridad Fiscal Supremo o Superior que interviene es la que se encuentra de turno, por lo tanto, con los elementos probatorios que tiene y la circunstancia flagrante del ilícito, seguirá conociendo del delito en fase preparatoria, con conocimiento de la autoridad judicial que sea competente. Esta disposición procesal prevista en el art. 454.2 es muy importante porque permite continuar con las investigaciones sin necesidad de esperar la autorización señalada en el apartado 1, sobre todo, si el hecho ocurre en lugares distantes a la sede central de la Fiscalía de la Nación.

Cuando el delito de función sea atribuido a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, a Vocales y Fiscales Superiores y al Procurador Público, y otros que señala la ley, la investigación preparatoria corresponderá a un Fiscal Supremo; se designará a un vocal Supremo para que actúe como Juez de Investigación Preparatoria. Se establecerá una Sala Especial integrada por vocales de la Corte Suprema para que actúen como órgano colegiado del juzgamiento; igualmente se designará un Fiscal Supremo para dicha instancia. Si la sentencia fuera apelada conocerá otra Sala Especial Suprema a fin de que conozca del caso y dicte sentencia (inapelable), previo dictamen del Fiscal Supremo que se designe.

Tratándose de magistrados del poder Judicial y del Ministerio Público de inferior jerarquía, se siguen reglas similares, siendo que corresponderá a un Fiscal Superior la dirección de la investigación preparatoria, correspondiendo a la Corte Superior la designación de los vocales superiores que actuarán como juez de investigación preparatoria y sala penal especial para el juzgamiento. Se dispone que el Fiscal Presidente de la Junta de Fiscales hará lo propio con la designación de los Fiscales a intervenir. En estos casos, la sentencia apelada será de conocimiento de la Sala Penal Suprema.

IV. EL PROCESO DE SEGURIDAD

Este proceso llamado de seguridad establece el procedimiento a seguir contra personas inimputables. Es decir, aquellas que han realizado una acción, típica, antijurídica, pero no culpable -hecho punible-, es por ello que no se le puede imponer una pena sino una medida de seguridad. La determinación de esta medida se debe realizar, de conformidad con lo que se concluya del informe pericial y el examen que realice el Juez. Sin embargo, dependiendo de lo actuado en el proceso puede reconvertirse este proceso especial en uno ordinario.

Tiene naturaleza preventiva, pues al imponerse una medida de seguridad, se busca que ejercer un control sobre el agente que cometió el delito a fin que no vuelva a perpetrar nuevas infracciones. El presupuesto para determinar la medida de seguridad no sería la culpabilidad del agente, pues este es no tiene esa capacidad, sino seria su peligrosidad.

1. INSTAURACIÓN DEL PROCESO

Su regulación procesal se encuentra en los artículos 456 a 458 del nuevo código. Debe verificarse los siguiente supuestos: a) luego de haberse dictado la resolución prevista en el artículo 75 – según el estado de la causa (etapa de investigación preparatoria, intermedia o juicio oral), cuando existan razones fundadas para considerar el estado de inimputabilidad del procesado, al momento de los hechos, el órgano jurisdiccional dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la practica de un examen por un perito especializado. Cuando se haya recibido el informe pericial, previa audiencia -con intervención de las partes y el perito-, si el Juez considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, se dictará la *resolución* correspondiente instando la incoación del procedimiento de seguridad, b) cuando, culminada la fase preparatoria, el fiscal estima que el imputado sólo merece la imposición de una medida de seguridad, (disposiciones del título IV del libro I del Código Penal); según el estado de la causa, el fiscal solicitará la apertura de juicio oral y formulará

su requerimiento de imposición de la medida de seguridad que establece la ley penal. La decisión de aprobar o rechazar la iniciación proceso de seguridad corresponde al órgano jurisdiccional, en audiencia.

En el caso de pluralidad de imputados, se deberá desacumular el extremo de los cargos que se le imputan, y seguir el trámite que se establece. El proceso de seguridad no podrá acumularse con un proceso común.

Como se podrá observar, no se trata de una acusación fiscal pero se seguirán sus normas en lo pertinente, de tal manera que se realizará el juicio oral sólo para determinación la imposición de la medida de seguridad pedida por el Fiscal; aunque también se prevé -como se ha dicho- el regreso al proceso ordinario por no acreditarse el estado de inimputabilidad. La solicitud para seguir este proceso corresponde al Fiscal, aunque no habría impedimento para que el defensor del imputado haga el pedido a dicha autoridad.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO

En líneas generales se aplicaran las disposiciones del proceso penal común, sin perjuicio de las siguientes reglas:

1. Las facultades del imputado serán ejercidas por su curador o por quien designe el Juez de la investigación preparatoria, con quien se realizara todas las actuaciones menos las de carácter personal, incluso, se prevé que el imputado no sea sometido a interrogatorio, cuando fuere imposible su cumplimiento.
2. El requerimiento fiscal es para la imposición de una medida de seguridad. El Juez de la Investigación Preparatoria puede admitirla y pasar a la fase del Juicio Oral. Puede también rechazar dicho pedido, cuando considera que es de aplicación una pena, contra dicha resolución procede recurso de apelación con efecto suspensivo.
3. El juicio oral se realiza en privado; también es posible el juicio sin la presencia del imputado por razones de salud, orden o segu-

ridad. Su curador lo representará. Naturalmente ello no reemplaza la presencia e intervención del defensor técnico.

4. Si el imputado no puede concurrir al juicio, previamente a su inicio, debe de ser interrogado con la intervención del perito y si la condición de aquel lo permite. En esencia, se trata de una prueba anticipada, con la intervención de los demás sujetos procesales, pero con la anotación que se trata del imputado que se encuentra imposibilitado de concurrir al juicio. En todo caso, en el juicio se podrán leer sus declaraciones anteriores.

5. El perito debe ser interrogado en el juicio sobre el estado de salud del imputado u ordenar un examen ampliatorio por el mismo u otro perito.

6. En audiencia las partes deberán debatir sobre la aplicación de la medida de seguridad o sobre la absolución del imputado, por lo tanto la sentencia penal, con sus características propias, debe de comprende los extremos señalados. La sentencia penal es susceptible de impugnación por la parte disconforme.

3. RECONVERSIÓN AL PROCESO ORDINARIO

La nueva ley procesal también prevé la posibilidad de que como consecuencia del debate oral no resulte de aplicación una medida de seguridad y sea posible la aplicación de una pena. Con este convencimiento, el Juez, de oficio o a pedido del Fiscal, dictará una resolución de *transformación* o *reconversión* del proceso; deberá advertir al imputado de la variación de situación jurídica, lo oirá -respetándose así su derecho de defensa-, también a las partes y suspenderá la audiencia, reiniciándola antes de los ocho días (arts. 458.1 y 360.3).

Esta decisión judicial supone que en el mismo juicio se varía el proceso de seguridad a un proceso común. De allí que si el Fiscal está convencido en la imposición de una pena, se le faculta formular acusación ampliatoria. La posición fiscal debe ser clara y convincente, pues recuérdese que es la autoridad que en principio solicitó el proceso de seguridad y sólo después del debate en el juicio oral tiene la posibilidad

de cambiar de posición. Si considera que no existe merecimiento de pena, deberá expresarlo bajo la forma procesal que corresponda. No debe olvidarse que es el titular del ejercicio público de la acción penal.

Finalmente, reconducido el juicio oral a uno de naturaleza común rigen sus reglas hasta su culminación, debiéndose -como lo señala la ley- repetir las diligencias en las que el imputado no se encontraba presente (art. 458.3).

V. EL PROCESO POR DELITO DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL

Este proceso especial se concibe en atención al delito objeto de procedimiento, en este caso: los delitos de ejercicio privado de la acción o delitos privados. Lo que caracteriza a este tipo de delitos es que la persecución le compete exclusivamente a la víctima, sólo a su petición se puede iniciar este procedimiento. Así lo establece el artículo 1.2 del código: "En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querella."

El agraviado, en los delitos privados, se erige como querellante particular, sujeto procesal reconocido en el capítulo III del título II de la sección IV del Código Procesal Penal. Es una parte necesaria que posee tanto la pretensión penal como civil a través de la pretensión de la querella.

Ello significa que la persona agraviada o el ofendido ejercitará la acción ante el Juez de manera directa y como querellante tendrá las mismas facultades y obligaciones del Ministerio Público, como si se tratase de delitos de ejercicio público de la acción penal, sin perjuicio de ser sometido a interrogatorio. La ley penal establece que delitos tienen esta forma privada de la acción penal, entre ellos tenemos: a) delitos de lesiones culposas leves (art. 124, primer párrafo del CP); b) delitos contra el honor (arts. 130 a 132 del CP); c) delitos de violación a la intimidad (art. 158 del CP).

1. TRÁMITE DEL PROCESO: CONTROL DE ADMISIBILIDAD, INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, AUTO DE CITACIÓN A JUICIO, AUDIENCIA, SOBRESEIMIENTO Y MEDIDAS CAUTELARES

a. La persona directamente ofendida o su representante legal, nombrado según las facultades especiales del proceso civil, puede presentar la querella ante el Juez Penal Unipersonal. Se constituye en querellante particular.

b. La formulación de la querella se rige por lo dispuesto en el artículo 108 del Código y se formula por escrito con contenido específico bajo sanción de inadmisibilidad (sus datos de identidad relato de los hechos, las razones jurídicas, datos del querellado, las pretensiones penales y civiles, así como las pruebas que ofrece) y se ejerce la titularidad con los derechos y facultades que prevén los artículos 107 y 109, respectivamente. El escrito va con copia para el querellado.

c. El Juez podrá observar la querella cuando no sea clara o se encuentre incompleta. Debe subsanarse la omisión o completarse la misma dentro de tres días, caso contrario, el Juez dará por no presentada la querella y ordenará el archivo de la misma. Ciertamente se trata de una sanción procesal por incumplimiento a un mandato judicial, a lo que debe agregarse que consentida o ejecutoriada que sea la resolución judicial, tendrá la calidad de cosa juzgada y no podrá ejercitarse querella sobre el mismo delito.

d. También se establece el rechazo a la querella por el Juez, si resulta evidente que el hecho no constituye delito, que la acción ya ha prescrito o se trate de delito que merece ejercicio público de la acción penal.

e. Si para efecto del proceso se requiere de una investigación preliminar policial, referida a los datos de identidad del querellado o cuando se requiere precisar las circunstancias del delito, el querellante lo solicitará al Juez, quien ordenará a la Policía la investigación en los términos solicitados, fijando plazo. La policía remitirá un informe con el resultado de la investigación, la misma que será

remitida al querellante para que complete la denuncia dentro del quinto día, caso contrario, caducará su derecho (art. 461.1 y 2)

f. Si la querella cumple con los requisitos que exige la ley procesal, el Juez expedirá la resolución de admisión denominado *auto admisorio de la instancia*, correrá traslado al querellado por cinco días para que conteste y ofrezca pruebas. Seguidamente, dictará auto de citación a juicio que se realizará en un plazo no menor de diez ni mayor de treinta días.

g. En la audiencia, el Juez posibilitará la conciliación en sesión privada, caso contrario, dejando constancia de ello, continuará el juicio, en sesión pública, con el análisis de las pruebas ofrecidas. En realidad es opinable la realización de un juicio público tratándose de casos que normalmente interesan a las partes en un conflicto que nace de acción privada. Entendemos que el legislador ha distinguido el ejercicio o inicio de la acción con la naturaleza pública del juicio oral a que se somete el querellante con este proceso.

h. Culminada la audiencia y siguiendo en las normas del proceso común, el Juez dictará sentencia, en ella se resolverán los medios de defensa presentados por el querellado.

i. Tratándose de delitos contra el honor cometidos mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, y a solicitud del querellante particular, se podrá ordenar la publicación de la sentencia condenatoria firme. Los costos estarán a cargo del condenado.

j. El nuevo código regula el *sobreseimiento* del proceso si el querellante, injustificadamente, no concurre a la audiencia o se ausenta durante la misma.

k. En este proceso es posible la adopción de medidas de coerción contra el querellado, pero sólo la de comparecencia con o sin restricciones, según las necesidades de aseguramiento procesal. El fundamento específico se encuentra en el peligro procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. También se contempla la declaración judicial de contumacia del querellado que no concurre al juicio oral o se ausenta del mismo,

pese a existir notificación debida, a quien se ordenará su *conducción compulsiva* por la autoridad policial.

2. ABANDONO, DESISTIMIENTO Y MUERTE O INCAPACIDAD DEL QUERELLANTE

El Juez declarará el *abandono* del proceso si hay inactividad procesal durante tres meses seguidos, que puede ser declarado de oficio (o a pedido de la parte interesada). También es posible el *desistimiento* o la *transacción* en cualquier estado del proceso; y se establece para estos supuestos como sanción procesal que no podrán intentar nuevamente la querella.

Si el querellante muere o queda incapacitado antes de concluir el juicio oral, cualquiera de sus herederos, podrá asumir el carácter de querellante particular, dentro de los treinta días siguientes de dichos episodios.

3. LA IMPUGNACIÓN

Conforme a las reglas de la impugnación (admisión y trámite), la sentencia dictada por el Juez Penal puede ser objeto de apelación, las remitiéndose lo actuado a la Sala Superior para la decisión respectiva. Tampoco interviene el Fiscal y contra lo resuelto por la Sala Superior no cabe impugnación alguna.

VI. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

Se trata de un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los códigos procesales. Su finalidad: evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena de

una sexta parte. Se trata en esencia de una *transacción penal* para evitar un proceso innecesario.

Este proceso especial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Ya en 1994 se introduce en nuestra legislación mediante la Ley 26320 solo para el delito de tráfico ilícito de drogas[238], teniendo como fuente directa la legislación colombiana[239], que a su vez se inspiró en la legislación italiana bajo la figura del patteggiamento regulada en su artículo 444[240]. El legislador peruano mejora la antigua ley colombiana[241] y mantiene su texto, incluso, lo amplia para comprender a todos los delitos. En conclusión, tal y como esta regulado en el Código Procesal Penal 2004, este proceso especial, en esencia, se inspira en el *patteggiamento* italiano.

Es una de las pocas instituciones del nuevo proceso penal que se encuentra vigente en todo el país.

Debe destacarse que como consecuencia de la aplicación de este nuevo proceso se redefinen las funciones propias de los fiscales y jueces, pues si bien es cierto, el fiscal dirige la investigación del delito y en su momento formula su requerimiento acusatorio, por este proceso adelanta su decisión acusatoria y a la vez debe de hacer uso de mecanismos propios de la transacción penal para llegar a un acuerdo de pena y reparación civil con el imputado y su defensor. Por su parte el Juez de la Investigación preparatoria, analiza la propuesta que se encuentra

238 Véase PEÑA CABRERA, Raúl, *Terminación Anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, 2ª edición, Lima, 1995. También de Alonso PEÑA CABRERA FREYRE y Manuel FRISANCHO APARICIO, *Terminación anticipada del proceso, principio de oportunidad*, colaboración eficaz y arrepentimiento, Jurista Editores, Lima 2003.

239 Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 923.

240 SAN MARTÍN CASTRO expresa "Este procedimiento, tiene su origen en el '*patteggiamento*' italiano, introducido por la Ley Nº 698, de 24 de noviembre de 1981", SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, volumen II, segunda edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1383.

241 Actualmente en la nueva legislación colombiana (vigente desde el 2005 por ley 906), se regula los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o el acusado, en los artículos 348 y siguientes, llegando incluso a una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible.

en el acuerdo para examinar su sustento, hacer control de la legalidad y luego dictar sentencia dentro de las 48 horas siguientes sobre la base de lo actuado y acordado por el fiscal y las partes.

Este proceso especial no constituye un incidente del proceso principal pero va paralelo a éste, y debe de concluir antes -si es aprobado- influyendo en la continuación del proceso principal pues carece de objeto su prosecución. Si no fuere aprobado se archivará lo actuado y lo expuesto en el mismo se considerará inexistente.

1. EL ACUERDO O NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES

La característica esencial de este proceso especial lo constituye el acuerdo o la *negociación* entre el fiscal y la defensa, que forma parte de la formula transaccional en materia penal, ya conocida en nuestro medio a través de otras instituciones y que refleja la influencia del modelo anglosajón en sistemas -como el nuestro- donde rige el principio de legalidad. El *plea bargaining* o la aplicación del llamado principio de oportunidad -también los casos de colaboración eficaz- aparece como una de las experiencias mas importantes en la formula de negociación entre la parte encargada de la investigación oficial y la defensa. DOIG DÍAZ hace notar de esta influencia anglosajona en la construcción de los nuevos modelos procesales, pero también alerta sobre los riesgos de la generalización de un modelo de justicia negocial en el contexto del futuro de la justicia penal.[242]

Según SAN MARTÍN, la idea de simplificación de este procedimiento parte en este modelo del principio de consenso[243], lo cual se encuentra sustentado en la aceptación de cargos del imputado.

Conforme a la legislación ya vigente este es quizás uno de los aspectos más difíciles de abordar en la práctica, es decir, llegar a un acuerdo que satisfaga la pretensión del fiscal y también la de la defensa del

242 DOIG DÍAZ, Yolanda, *El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004*, en Rev. Actualidad jurídica N° 124, p. 106.

243 SAN MARTÍN CASTRO César. *Derecho Procesal Penal*, volumen II, segunda edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1384.

imputado, o cuando menos que le convenga, desde el punto de vista de su estrategia defensiva. En el primer caso, la posición del Fiscal en su pretensión punitiva debe de proyectarse en lo que sería la formulación del requerimiento acusatorio, teniendo en cuenta la actividad probatoria desarrollada, los márgenes de penalidad existentes en la legislación penal y la pena que según su parecer, debe de imponerse al imputado. En tal sentido, los principios y criterios para la sustentación de la acusación escrita, sobre todo, el de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, son los que debe de inspirar la intervención fiscal. Asimismo, debe de tener en cuenta las posibilidades de reducción de pena conforme a las posibilidades que regula la ley procesal y su relación a la pena que efectiva o condicionalmente se fijará en el acuerdo.

Cabe destacar que el hecho que el imputado acepte los cargos, en este procedimiento especial, no significa que sea equivalente a una confesión por su parte, sino que sólo debe ser tomado como una estrategia de parte de defensa -en sentido lato- a fin de obtener respuesta punitiva menos intensa, que a su vez beneficia al sistema penal pues permite la descongestión del mismo. No equivale a una confesión pues: a) Cuando el imputado se acoge a este proceso, recibe un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte, el cual será adicional y se acumulará al que reciba por *confesión* (art. 471). b) Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (art. 470).

2. OPORTUNIDAD DE SU APLICACIÓN Y SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS

De la naturaleza jurídica de la institución y de la lectura normativa de la nueva ley especial se desprende que la terminación anticipada del proceso se aplica, una vez expedida la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, *y hasta antes de formularse la acusación fiscal* (art. 468.1). Es decir, para el inicio formal de este procedimiento especial se necesita contar con la disposición de formalización de la investigación preparatoria, lo cual no impide que una vez iniciada la investigación preliminar de cualquier caso (incluyendo los supuestos de

flagrancia, confesión o suficiencia probatoria) se puedan ir gestando las conversaciones previas entre el imputado, su defensor y el Fiscal.

La oportunidad de la aplicación es de suma importancia para efectos de la finalidad de dicho proceso especial, pues lo que se espera es que se evite un proceso común innecesario, de allí el sentido de *premiar* al solicitante con la reducción de la pena. Por la misma razón, no tendría sentido su aplicación durante la fase intermedia del proceso, además porque ya existe un requerimiento acusatorio, con exposición de pruebas, propuesta de pena y reparación civil, lo que hace muy difícil la postura fiscal para efectos de la *negociación* con la defensa, quien además podría sentirse en mejores condiciones para lograr el acuerdo.

De otro lado, la norma procesal es bastante clara para entender que solo se aplica *antes* de la acusación y el hecho que en el artículo 350.1 e) cuando trata de la notificación de la acusación, permite a las partes a *instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad*, no significa que se refiera a la terminación anticipada que regula el art. 468 y siguientes de la ley procesal, sino a la posibilidad de que el imputado pueda plantear un supuesto de oportunidad previsto en el artículo 2 (último párrafo) de la misma ley procesal (acuerdo notarial). Cuando la Corte Suprema establece como doctrina legal que los "rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho de que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos"[244] está resaltando el origen común que tienen estas instituciones dentro de los supuestos de oportunidad que la legislación regula -como lo es también el principio de oportunidad del art. 2° y el proceso de colaboración eficaz- en las cuales se aplican fórmulas de consenso; lo que también se menciona en la citada sentencia suprema cuando expresa que "el principio de consenso comprende ambos institutos procesales aunque en diferente intensidad y perspectiva".

Consideramos importante tener en cuenta que la terminación anticipada del proceso constituye un proceso especial, con reglas propias que deben de cumplirse debiendo evitarse interpretaciones que

244 Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. de fecha 18 de julio de 2008, Fundamento 22.

puedan afectar el texto claro del art. 468 del código y desnaturalizar su procedimiento. En todo caso, el tema puede generar debate pero deberá ser evaluado a la luz de hacer a la justicia penal más eficaz y oportuna sin dejar de lado la naturaleza propia de las instituciones.

Por otro lado, según nuestra regulación, siguiendo al modelo italiano, sólo pueden instar el inicio de este proceso especial: el imputado, el representante del Ministerio Público, o conjuntamente los dos. En este primer momento no interviene la parte civil, pues el Ministerio Público es el titular de la acción penal. Asimismo, el acuerdo sobre la pena y la reparación civil -pese que esta es la pretensión del actor civil- se efectúa sólo entre los dos sujetos procesales mencionados. Ello no significa que la parte civil se encuentre relegada del trámite de este proceso penal, porque, una vez notificada del requerimiento inicial o la solicitud del imputado, puede pronunciarse respecto a su procedencia y formular su pretensión, también tiene derecho a apelar la decisión del juez de aprobar el acuerdo, sólo en cuanto a su pretensión.

Esta decisión es exclusiva del imputado por las consecuencias jurídicas que ello importa; el pedido puede ser verbal o escrito. Naturalmente, ello dependerá de las posibilidades favorables que su defensor considere lograr con el acuerdo, pues deberá proyectarse tanto en la pena a sufrir por su patrocinado como por el pago de la reparación civil que deberá sumir. También es necesario señalar que si bien es cierto la iniciativa en su inicio corresponde al imputado o su defensor, no habría impedimento para que el Fiscal hiciera conocer al defensor de las bondades de este proceso especial, sin embargo, ello no debe de significar que sea el fiscal quien trate de imponer a la defensa su aplicación o que se convierta en una "promesa" a fin de lograr su aceptación, pues ello desnaturaliza el sentido de esta institución.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Es importante destacar que, a diferencia de la legislación anterior, la terminación anticipada se aplica para todos los delitos, sin distinción alguna, es decir, procede tanto para delitos leves como también para los

de gravedad. Ello se encuadra dentro de una política criminal de abreviación del proceso y pretende además, lograr una reducción de la carga procesal en la justicia penal, que es la esencia de este proceso especial.

En tal sentido, tanto a Fiscales como a jueces -como se ha dicho precedentemente- se les faculta a establecer acuerdos y aprobarlos o no, respectivamente, en delitos de usurpación, estafa, hurto simple, agravado, robo, robo agravado, homicidio, tráfico ilícito de drogas, etc.[245]

4. NORMAS DE PROCEDIMIENTO

El art. 468 de la nueva ley procesal establece las normas de procedimiento y las características principales:

a. Se inicia a pedido del Fiscal o del imputado ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Estas son los sujetos procesales legitimados para solicitarlo, lo que excluye a los otros sujetos de la relación procesal. El pedido es para que se realice una Audiencia de terminación anticipada, una vez emitida la Disposición Fiscal y hasta antes de formularse acusación. Sólo una vez puede realizarse este proceso, de manera tal que denegado o desaprobado el acuerdo, no es admisible un nuevo pedido.

b. Se tramita como proceso especial en cuaderno aparte y no interrumpe el proceso original.

c. La solicitud puede ser conjunta por el fiscal y el imputado, lo que ya prevé la ley, y posibilita la realización de un acuerdo provisional anterior a la realización de la audiencia judicial, sobre la pena y la reparación civil y las demás consecuencias accesorias. Las primeras conversaciones pueden generarse durante la investigación preliminar, permitiendo la abreviación del proceso desde su inicio y que el Fiscal -en atención al acuerdo inicial- emita la

245 En aquellos lugares donde el nuevo código procesal aún no entre en vigencia en su totalidad, se debe de seguir el mismo criterio, es decir, el Fiscal puede realizar negociaciones o acuerdos con el defensor del imputado y el juez penal aprobarlos o no, sea que se trate de un delito sujeto a trámite sumario como ordinario.

disposición de investigación preparatoria y el pedido al juez para la realización de la audiencia especial.[246]

d. El requerimiento fiscal o el pedido del imputado será puesto en conocimiento de las partes, es decir, al actor civil y tercero civil responsable, por el plazo de cinco días, a fin de se pronuncien sobre su procedencia y, en su caso, hagan conocer cuales son sus pretensiones (art. 368.3). La posición de estos sujetos procesales pueden hacerse por escrito, pero igualmente, si se encuentran acreditados, serán notificados de la realización de la audiencia especial, la misma que realizará con la presencia obligatoria del fiscal y del imputado y de su defensor. La concurrencia de los demás sujetos procesales es facultativa.

e. El beneficio que recibe el imputado es la reducción de la pena en una sexta parte, a la que puede acumularse la que merezca por confesión sincera. Esta es la parte premial del proceso de terminación anticipada que se rige por el beneficio que obtiene el imputado, la misma que se deduce de la pena probable que planteará el fiscal. Por el solo hecho de acogerse a este proceso el imputado ya merece una reducción de la pena en una sexta parte, sobre ésta se reducirá aún más si es viable el supuesto de confesión sincera, conforme a lo previsto en el numeral 161 de la ley procesal.

f. Si no se llega a un acuerdo o este no es aprobado por el Juez, se tendrá por *inexistente* lo declarado por el imputado en este proceso y naturalmente no podrá ser utilizado en su contra (art. 470). Como quiera que el proceso se realiza y consta en forma de incidente, de producirse el caso en comento, se archivará lo actuado. Sin embargo, la continuación del proceso ordinario no se debe ver afectada, primero, porque el fiscal continuará en su función investigadora y, en su caso, formulará acusación; y segundo, porque en este último caso -requerimiento acusatorio- quien dirigirá el juicio

246 Mientras el fiscal y las partes no suscriban el acuerdo, el pedido no podrá formalizarse ante el juez, lo que significa que el defensor del imputado o éste puede desistirse a continuar con el inicio del tramite, en cuyo caso, se deberá seguir con la investigación según su estado.

oral será un juez distinto al que conoció de la terminación anticipada. Esta prohibición de inexistencia no solo comprende al fiscal sino que también a los otros sujetos procesales no podrán utilizar lo que aparece de dicho proceso de terminación anticipada.

5. AUDIENCIA ESPECIAL Y PRIVADA

Conforme a la ley procesal el Juez citará al fiscal, imputado y su defensor, para la realización de una audiencia especial y privada. Con ellos ya se podrá instalar la audiencia, pues la concurrencia de las demás personas es facultativa. El Fiscal debe de presentar los cargos de incriminación que existen contra el imputado, quien podrá aceptarlos en todo o en parte o podrá rechazarlos. El juez debe de explicarle los alcances y consecuencias del acuerdo, e instando a las partes a que lleguen a un acuerdo, lo que no debe entenderse como una actividad conciliadora del juez.

En la audiencia no hay actuación probatoria sino posibilidad de acuerdo entre los actores principales. Comprende pena, efectiva o condicional, reparación civil y consecuencias accesorias.

6. CONTROL Y RESOLUCIÓN JUDICIAL

El juez realiza el control de legalidad del acuerdo que le presenta el Fiscal, verificará la razonabilidad, la existencia de los elementos de prueba suficientes; si acepta los términos del acuerdo, dictará sentencia anticipada dentro de las 48 horas, con las características y efectos propios; caso contrario, *desaprobará* el acuerdo. Solo se presenta el acuerdo entre las partes ante el Juez, si no produce se dará por culminado el proceso emitiéndose la resolución respectiva.

Este acuerdo a que llegan las partes debe ser objeto de control por el juez pues obviamente, aún con acuerdo aceptando los cargos, si a criterio del Juez el hecho no constituye delito o no existen pruebas de la imputación, deberá dictar sentencia absolutoria. Por ello se establece en el último párrafo del art. 468.6 que rige lo dispuesto en el artículo

398 que se refiere precisamente al contenido y alcances de la sentencia de absolución. Pero el control judicial es precisamente el control sobre el acuerdo, es decir, si esta bien o mal; no comprende la determinación de la pena y la reparación civil por el juez apartándose del acuerdo entre las partes. El apartado 6.6 del art. 468 establece que "si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, *dispondrá* en la sentencia la aplicación de *la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo*." El subrayado es nuestro y es precisamente para resaltar que ante el acuerdo entre el Fiscal y el defensor del imputado, la ley no faculta al Juez a modificar el acuerdo, sólo a aprobar o desaprobar el acuerdo. Es más, se le faculta al Juez para que en la audiencia especial inste a las partes "a que lleguen a un acuerdo" (apartado 4), pudiendo, incluso, suspender la audiencia por breve término.

7. APELACIÓN

La sentencia aprobatoria podrá ser apelada por los demás sujetos procesales en cuanto a la legalidad del acuerdo y el monto de la reparación civil. Corresponderá a la Sala Superior conocer del caso, podrá a su vez aprobar o no el acuerdo, e incluso, podrá resolver el incremento de la reparación civil dentro de lo que pretende la parte civil. La ley no menciona la posibilidad de que el tribunal revisor pueda modificar el extremo de la pena.

Como puede entenderse, si no hay acuerdo o este no se produce, no cabe impugnación alguna

8. CASOS COMPLEJOS

La aplicación de la terminación anticipada no muestra mayores inconvenientes cuando se trata de casos de naturaleza individual o aquellos que pueden ser considerados sencillos, es decir, en donde se

trata de un delito y/o de un solo imputado. El nuevo código en el art. 469 establece que cuando se trate de procesos complejos sea por la pluralidad de imputados o de delitos, se requerirá el acuerdo de todos aquellos *y por todos los cargos que se incrimine a cada uno*, lo que significa alcanzar los objetivos de este proceso especial pues se podrá abreviar todo el proceso y dictar sentencia.

Sin embargo, la misma ley también establece que se podrán realizar acuerdos parciales sólo cuando se trate de delitos conexos y en relación con otros imputados, lo que significará que deberán separarse hechos, calificaciones jurídicas e imputados para posibilitar el acuerdo con el fiscal. En la práctica ello será muy difícil culminar con éxito este proceso especial, pues el acuerdo parcial podría perjudicar la investigación integral y conllevar la declaración de improcedencia del pedido o también podría afectar la posibilidad de la acumulación.

VII. PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

El nuevo Código mantiene el procedimiento de beneficios por colaboración eficaz que ya regula la Ley 27378 para casos de crimen organizado y corrupción, creado en diciembre del año 2000, para los casos vinculados a los sucesos ocurridos en la década del 90.

El artículo 472 y siguientes del nuevo Código establecen sus objetivos, ámbitos de aplicación, las diligencias propias de comprobación de la información aportada, los beneficios que se otorgan, el acuerdo, la resolución judicial aprobando o no el acuerdo, así como las medidas de protección al colaboración, agraviado, testigos y peritos que comprende.

De acuerdo con el artículo 474 del Código la información que proporciona el colaborador debe permitir: evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito; o impedir o neutralizar futuras acciones de organizaciones delictivas; o conocer de las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito o las circunstancias en que se viene ejecutando; o identificar a los autores y partícipes o los integrantes de la organización o su funcionamiento, de modo que permita desarticularla; o hacer entrega de instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos

relacionados con las actividades de la organización delictiva o averiguar las fuentes de su financiamiento.

1. NATURALEZA JURÍDICA

Se trata de un proceso especial distinto al proceso ordinario que regula la forma es que la persona imputada de un delito o que sufre condena puede obtener determinados beneficios a cambio de que brinde información oportuna y eficaz para conocer a la organización delictiva, evitar los efectos de un delito, detener a los principales autores o conocer a otras personas involucradas, recuperar el dinero mal habido, entre los principales objetivos.

Es un proceso con particularidades propias de inicio, comprobación de la información, acuerdo y control judicial. Responde a fines de oportunidad y búsqueda de elementos probatorios en el esclarecimiento de delitos y autores contra el crimen organizado y bajo el marco de la transacción penal. De tal manera que el colaborador proporciona información o elementos probatorios, los mismos que son verificados por la autoridad fiscal con el apoyo de la policía; y si ello resulta oportuno y eficaz se firma un acuerdo de beneficios a su favor el mismo que debe ser sometido a la aprobación del juez penal.

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN ESTE PROCESO

Entre los principales principios de este proceso citamos el de *eficacia*, de tal manera que la información proporcionada deben ser importantes e útiles para la investigación penal que se realiza, o permita evitar acciones futuras o conocer las circunstancias en que se planificó o ejecutó el delito o que permita conocer a sus autores o partícipes o conocer los instrumentos o medios utilizados. Si la información no produce tales efectos carece de eficacia. La *oportunidad* de la información también es importante, pues si la misma se aporta tardíamente o ya se conoce través de otros medios de investigación, no produce beneficio alguno.

Mediante el principio de *proporcionalidad* se relaciona el beneficio que se otorga con la información o pruebas que aporta el colaborador; mediante el principio de *comprobación*, se quiere significar la necesidad de que la información aportada se someta a acciones propias de investigación y corroboración a cargo del fiscal y de la policía especializada. También rigen el principio de *formalidad procesal, el control judicial* a fin de que la autoridad jurisdiccional verifique la legalidad del acuerdo y el principio de *revocabilidad* en caso de incumplimiento de las obligaciones que se imponen al colaborador que obtuvo beneficios.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

El proceso es dirigido por el Fiscal a pedido del solicitante a colaboración; también le corresponde los actos propios de comprobación de la información o pruebas aportadas; la policía especializada apoya la investigación; el imputado, su defensor, la parte agraviada y el fiscal firman un acuerdo de otorgamiento de beneficios por la colaboración, admitiéndose acuerdos preliminares; la autoridad judicial aprueba el acuerdo dictando sentencia o dicta auto desaprobando el mismo; cabe la impugnación contra lo resuelto por el juez. Todo el procedimiento es reservado.

El proceso de otorgamiento de beneficios por colaboración también puede ser iniciado y dirigido por el Fiscal Superior si el proceso penal se encuentra en su despacho y en fase intermedia.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El código establece en que delitos se aplica el proceso de beneficios por colaboración eficaz: asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos y delitos contra la humanidad; secuestro, robo y abigeato agravados, tráfico ilícito de drogas, delitos monetarios, cuando el agente actúa como integrante de una organización delictiva; también concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, aduaneros, o delitos contra la fe pública y contra el orden migratorio, cuando se

cometa en concierto por una pluralidad de personas. Se excluye a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas; y aquellos que hayan participado en delitos especialmente graves solo podrán acogerse a beneficios de disminución de pena (art. 474.5).

Como se puede apreciar, a diferencia de la ley 27378, el nuevo proceso comprende a todos los delitos que reúnan estos presupuestos y establece mejores criterios para que la autoridad fiscal y judicial pueda viabilizar este nuevo proceso.

5. BENEFICIOS QUE SE OTORGAN

Los beneficios que establece la ley son; 1) exención de pena; 2) la disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal; 3) la suspensión de la ejecución de la pena; 4) la liberación condicional; o 5) la remisión de la pena que falta para el que viene cumpliendo condena. Tanto en el caso de exención como de remisión de pena, se exige que la colaboración permita evitar un delito de especial connotación y gravedad; identificar y propiciar la detención de los líderes de la organización delictiva; descubrir aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento de la organización delictiva, de los efectos, instrumentos, ganancias o bienes delictivos de notoria importancia. En los demás casos se podrá otorgar los otros beneficios de manera separada o conjunta.

Cabe señalar además que es posible -como en la legislación anterior- que se otorguen beneficios de orden procesal, de manera tal que si el imputado se encuentra con mandato de detención se podría modificar por el de comparecencia (art. 474. 3).

6. NORMAS DE PROCEDIMIENTO

1. El colaborador -o su defensor- debe de presentar su solicitud escrita o verbal ante el Fiscal competente.
2. El Fiscal dará inicio al proceso y asignará la clave correspondiente al colaborador. También dispondrá las acciones de protección al colaborador, si fuera el caso; si el imputado estuviere sujeto a proceso penal, las medidas serán dictadas por el juez.

3. Seguidamente se procederá a la primera entrevista para conocer de la información que proporciona el colaborador y proceder a la fase de comprobación de lo dicho, contando con el apoyo de la Policía Especializada.
4. El fiscal podrá solicitar a las autoridades judiciales y fiscales, bajo reserva, copia certificada o informes sobre los procesos penales que se siguen contra el colaborador.
5. El agraviado debe ser citado en la fase de verificación para conocer de sus pretensiones y puede firmar el acuerdo de beneficios y colaboración. Puede además proporcionar información y documentación pertinente.
6. Culminada la fase de comprobación, el fiscal si considera que es procedente el otorgamiento de beneficios, elaborará el acta de acuerdo, el mismo que debe de contener: 1) el beneficio acordado; 2) los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión, si hubiere; y 3) las obligaciones a que se sujetan los colaboradores. Ciertamente, comprende no sólo la información proporcionada sino también la comprobación que ha realizado el Fiscal y la valoración que hace sobre el mismo, resaltando la oportunidad y su eficacia.
7. El acuerdo también comprende el pago de la reparación civil.
8. El acuerdo es firmado por el Fiscal, el colaborador, su defensor y el agraviado.
9. Toda la documentación es remitida al Juez a efecto de que se proceda con el control de la legalidad. El Juez debe de aprobar o desaprobar el acuerdo. En el caso de aprobación, el juez dictará sentencia; la desaprobación requerirá de un auto.
10. Lo resuelto por el juzgado puede ser objeto de impugnación.

7. ACUERDOS

El código establece que pueden celebrarse acuerdos preliminares o *Convenio Preparatorio* entre el colaborador y el Fiscal, se realiza

sobre la base de la calidad de la información ofrecida y la naturaleza de los cargos de imputación. No se trata de un acuerdo definitivo y está sujeto a la fase de comprobación.

Cuando se llega a la culminación de los actos de comprobación y el fiscal decide que es procedente el otorgamiento de beneficios, celebrará el acuerdo en diligencia formal y se levantará *Acta de Acuerdo* con el contenido que establece la ley, la misma que será suscrita por las personas intervinientes (art. 476).

8. CONTROL JUDICIAL DEL ACUERDO

Constituye el momento procesal por el cual el Juez conoce de los términos del acuerdo realizado en sede Fiscal y cita a una *Audiencia* privada especial con la participación de las partes que suscribieron el acuerdo a fin de conocer directamente sus posiciones, pudiendo interrogar directamente al solicitante (art. 477-478). Este control es de suma importancia pues el Juez debe de verificar no sólo la forma asumida en el proceso de colaboración, sino también sobre el fondo del acuerdo, de tal manera que analizará la importancia de la información aportada, su utilidad para iniciar nuevas investigaciones o fortalecer las ya existentes, y en suma, si se alcanzan los objetivos propuestos por la ley procesal. De allí que pueda rechazar el acuerdo mediante una resolución desaprobatoria.

De acuerdo con la norma procesal, recibida la documentación cursada por el Fiscal, el Juez podrá formular observaciones al contenido del acta y a la concesión de beneficios, devolviendo lo actuado al Ministerio Público; sin observación o complementada que fuera el acta de acuerdo, el juez citará a las partes dentro del décimo día para la realización de la audiencia, debiendo estar presentes el fiscal, el defensor, el colaborador y el agraviado o procurador.

Si sobre el hecho materia de colaboración no hubiera investigación o ya exista proceso penal en fase de investigación, corresponderá al Juez de la Investigación Preparatoria el control de legalidad; si el proceso se encontrara en la fase de juzgamiento, corresponderá la di-

rección de este proceso al Juez Penal. Ha de recordarse que el proceso de beneficios por colaboración eficaz es distinto al proceso ordinario y puede marchar en paralelo.

9. OBLIGACIONES DEL BENEFICIADO

El nuevo Código establece de control a que se sujeta el colaborador. Precisa cuales son las condiciones, obligaciones e incluso que el control de los mismos se encuentra a cargo del Ministerio Público y de la Policía especializada.

En tal sentido, la concesión del beneficio se encuentra condicionada a que el colaborador no cometa un nuevo delito doloso dentro de los diez años de habérsele otorgado el beneficio. El legislador no hace distingo, se trata de cualquier delito doloso, pero que se determine mediante sentencia firme, lo que exige del colaborador asumir una conducta absolutamente debida durante dicho periodo.

Se establece la obligación de concurrir a toda citación derivada de los hechos materia de acuerdo de colaboración eficaz. Pero existen una serie de obligaciones que se imponen de manera específica o conjunta. Así 1) informar de su cambio de residencia; 2) ejercer profesión, oficio u ocupación lícitos; 3) reparar los daños causados por el delito; 4) someterse a vigilancia por las autoridades; 5) observar buena conducta individual, familiar y social; abstenerse de tomar bebidas alcohólicas 6) no salir del país, sin autorización judicial; 7) cumplir con las obligaciones del código de ejecución penal, si fuera el caso; 8) acreditar trabajo o estudios.

Naturalmente que tales obligaciones se impondrán de acuerdo con la naturaleza del o los delitos incurridos, la magnitud de la colaboración y las condiciones personales del colaborador.

10. REVOCATORIA DE LOS BENEFICIOS

El beneficio premial otorgado al colaborador puede ser revocado si el beneficiado infringe la condición de comisión de nuevo delito in-

tencional o incumple determinadas reglas impuestas por el legislador. Conforme a lo dispuesto por el Código, a pedido del Fiscal (y éste a pedido del agraviado si fuere el caso) el Juez procederá a convocar a una audiencia de revocación con la presencia obligatoria del Fiscal y las personas que suscribieron el acuerdo de colaboración y escuchando a las partes, el Juez resolverá si procede o no la revocatoria mediante auto dentro del plazo de tres días.

La ley establece distintas formas de proceder dependiendo del beneficio concedido. Si fuera un beneficio de exención de pena, el Fiscal formulará acusación, el juez dictará auto de enjuiciamiento y fijará día y hora para la celebración de una audiencia pública a fin de debatir las pruebas ofrecidas dictando la sentencia que corresponda. Si la revocatoria es por el beneficio de disminución de la pena, el fiscal deberá formular la pretensión de condena y el grado de responsabilidad del imputado. Podría interpretarse como la formulación de una acusación, y ello dependerá de la forma de interpretación que harán los operadores jurídicos, en especial el Fiscal, cuando se produzca esta propuesta de revocatoria.

11. PROCESO POR FALTAS

La nueva legislación procesal (art. 482-487) mantiene el procedimiento por faltas para el conocimiento de las infracciones consideradas leves o de menor intensidad. En este proceso no interviene el Ministerio Público, por lo tanto toda la actividad procesal hasta su culminación se encuentra bajo la dirección y responsabilidad del Juez. Este proceso especial tiene la característica de ser "sustancialmente acelerado y con predominio de la concentración procesal"[247]

12. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FALTAS

Las faltas llamadas también contravenciones son aquellas conductas que el legislador ha considerado como pasible de sanción penal de menor

247 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, volumen II, segunda edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1263 -1383.

intensidad y que no ameritan privación de la libertad, si se satisfacen los requisitos que la misma ley establece. Para ello rigen las características propias de la parte general del Código Penal, pero con determinadas peculiaridades. Se trata de un proceso para infracciones menores.

El Código Penal distingue entre faltas contra la persona (441-443), contra el patrimonio (444-448), contra las buenas costumbres (449-450), contra la seguridad pública (451) y contra la tranquilidad pública (425). También ha establecido determinadas disposiciones en relación a las faltas:

1. En las faltas no es punible la tentativa, salvo caso de lesión dolosa, hurto simple y daño.
2. En las faltas sólo responde el autor.
3. Sólo se imponen penas restrictivas de derechos.
4. Los días multa será entre diez y ciento ochenta.
5. La acción penal y la pena prescriben al año.

13. COMPETENCIA

El proceso por faltas corresponde a la Justicia de Paz. La ley procesal concede a los Jueces de Paz Letrados la dirección y decisión de los casos y sólo excepcionalmente, en los lugares donde no hayan sido designados, corresponderá la responsabilidad a los Jueces de Paz (art. 482). Si de la indagación previa que pudiera realizarse (art. 483.29 o de lo actuado aparece que los hechos configuran delito perseguible de oficio y no falta, se remitirá lo actuado al Ministerio Público.

14. NORMAS DE PROCEDIMIENTO

1. El ofendido o querellante presenta su denuncia ante la policía o directamente ante el Juez de Paz. En este caso, el juez verificará que el hecho constituye falta y no haya prescrito la acción penal para remitir la denuncia a la policía, siempre que estime necesaria una indagación previa.

2. Realizada la investigación policial y analizado lo actuado por el Juez de Paz, dictará auto de citación a juicio si se satisfacen los requisitos ya señalados además de la existencia de elementos razonables de su comisión y de la vinculación con la persona querellada (art. 483.3).
3. Si no se satisfacen los requisitos indicados, el juez dictará auto de archivo de lo actuado.
4. El auto de citación a juicio puede contener la realización inmediata de la audiencia, si las partes en conflicto se encuentran presente así como los elementos probatorios, o cuando el imputado reconoce haber cometido la falta. En caso contrario, se fijará día y hora para la audiencia (art. 483.4 y 5).
5. La audiencia se realizará bajo la dirección del juez y con la participación de las partes y sus abogados. Si el imputado carece de defensor, será asesorado por un abogado de oficio, si hubiera. La parte podrá aportar sus pruebas.
6. Planteado los hechos por el juez y encontrándose presente el agraviado, dicho funcionario judicial promoverá una conciliación y acuerdo de reparación, el mismo que si se produce, se homologará y se dará por concluido el proceso
7. Si no se produce lo previsto en el apartado anterior, se continuará el proceso y si el imputado acepta los cargos, se podrá dictar sentencia, la misma que puede pronunciarse verbalmente y se formalizará por escrito en el plazo de dos días
8. Si no admite los cargos, se examinará al imputado y luego al agraviado y a las pruebas ofrecidas, produciéndose el debate y culminado se dictará sentencia inmediatamente.
9. La audiencia se realizará en una sola sesión, pero puede suspenderse por un plazo no mayor de tres días, de oficio o a pedido de parte, cuando sea imprescindible la actuación de un medio probatorio.
10. La sentencia se dictará después de los alegatos o dentro del tercer día sin más dilación.

15. IMPUGNACIÓN

Se establece el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juez de Paz, la misma que se interpondrá dentro de los cinco días de notificada la resolución y lo actuado será elevada *en el día* al Juzgado Penal unipersonal (art. 486, 28.5 b).

El juez Penal resolverá en el plazo *improrrogable* de diez días teniendo en cuenta lo actuado, salvo que el recurrente pida la realización de actuación probatoria que sea necesaria (art. 486.2). También se establece que los defensores deben de presentar sus alegatos por escrito, sin perjuicio de poder informar oralmente ante el Juez.

La ley establece que contra esta decisión jurisdiccional no procede recurso alguno.

Cabe señalar que en este proceso especial es posible llegar al desistimiento o la transacción en cualquier estado de la causa, con el efecto inmediato de dar por fenecido el proceso (art. 487). También debe precisarse que la medida de coerción a imponerse es la comparecencia sin restricciones, sin embargo, es posible la conducción compulsiva por la fuerza pública, cuando el imputado no se presenta voluntariamente a la audiencia, incluso se prevé la prisión preventiva del imputado hasta culminar la audiencia (art. 485).

Capítulo VIII
EL SISTEMA DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

I. ASPECTOS GENERALES

1. CONCEPTOS

El derecho a la impugnación posee marco constitucional, pues se sustenta en el principio de la tutela jurisdiccional (art. 139.3), principio del debido proceso, especialmente, el principio de instancia plural (art. 139.6), por lo tanto la existencia del sistema de medios impugnación en la legislación ordinaria, obedece a un imperativo de orden constitucional.

Además de las normas previstas en los Pactos Internacionales en materia de derechos fundamentales como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José que establece como garantía judicial el derecho de "recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior" (art. 8.2.h) y el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5).

Los medios impugnatorios son los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial para provocar su reforma o anulación.[248] También son definidos como el conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dictó, ya sea por otro superior, con el objeto de evitar errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme

248 ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional*, Proceso Penal, T. III, con otros autores, Bosch, 1994, p. 421.

del Derecho.[249] A través de la impugnación se introducen mecanismos de revisión y de control de las resoluciones judiciales. [250]

La existencia de los medios impugnatorios se fundamenta en la *falibilidad humana,* que se puede materializar en errores o vicios y, a decir del maestro italiano CARNELUTTI[251], "El ordenamiento del proceso no puede permanecer indiferente a ese peligro". En consecuencia, el sistema nos brinda un correctivo necesario: los medios impugnatorios.

Bajo el titulo "La Impugnación", el nuevo proceso penal regula los llamados recursos impugnatorios que son aquellos actos procésales que pueden hacer uso las partes procesales cuando consideran que la resolución judicial les causa agravio y esperan que se modifique, revoque o anule. El art. I. 4 del nuevo código procesal penal establece que "las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación." Consecuentemente, y a diferencia de la legislación anterior, se regula debidamente el *derecho a la impugnación* a través de los recursos que la misma ley prevé a partir del art. 404 del código nuevo.

En nuestro medio es común identificar, medio impugnatorio, recurso, inclusive confundimos recursos con remedios, pese a ser distintos. A pesar de las innumerables clasificaciones que se han propuesto, nos adherimos a la más sencilla y fácil. En tal sentido, los medios impugnatorios son el género que engloba tanto a los remedios y recursos. Siendo los remedios una clase de medios impugnatorios que se dirigen a atacar actos procesales, no comprendidos en una resolución judicial; mientras que los recursos permiten a la parte agraviada solicitar revisión de una decisión contenida en una resolución que aún no adquiere la calidad de firme.

El Código Procesal Penal 2004 en el libro referente a la impugnación no distingue los tipos de medios impugnatorios, sino regula genéri-

249 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 703.

250 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, 2° edición, Buenos Aires, 2004, p. 285.

251 CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Tomo I, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, pág. 260.

camente el tema de los recursos mencionando los siguientes: reposición, apelación, casación y queja (artículo 413). Dentro del libro de impugnación, en la sección VII, el código regula la acción de revisión que no es en escrito un medio impugnatorio, sino, una acción de impugnación, que sirve para objetar sentencias firmes, que han adquirido la calidad de cosa juzgada, es decir, es el ejercicio de una nueva acción que origina un nuevo proceso, sólo en casos taxativamente enunciados por la ley.

2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS

a. *Principio de legalidad.*- Los recursos deben estar predeterminados por la ley. El código en su artículo 404.1, prescribe lo siguiente: "Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo en los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley". Cuando corresponde interponer un determinado recurso, generalmente no se admite otro (principio de singulariedad del recurso).

b. *Principio de trascendencia.*- En virtud del cual, sólo se puede interponer el recurso, cuando la parte se encuentre legitimada, es decir, aquél que resulte agraviado con la resolución recurrida. El Código establece que para un recurso se requiere: "Que sea presentado por quien resulte agraviado con la resolución, tenga interés directo y se halle legalmente facultado para ello". Asimismo, establece que el Ministerio Público puede recurrir, inclusive a favor del imputado. (art. 405.1, apartado a), precepto que acentúa la función de defensor de la legalidad del representante del Ministerio Público.

En cuanto al ámbito de los recursos y los legitimados para recurrir tenemos que tanto el imputado como el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente del objeto penal o civil de la resolución, y el actor civil sólo podrá impugnar con respecto al objeto civil de la resolución (art. 407).

c. *Principio dispositivo.*- Significa que los recursos sólo pueden formulados por los sujetos procesales que se encuentren legitimados, en tal sentido, la revisión de la resolución judicial tendrá como

límite la pretensión del recurrente. El principio de *congruencia recursal*, constituye una derivación de este principio, en razón del cual, el órgano superior sólo se puede pronunciar con respecto a lo que es objeto o materia de impugnación. En ese sentido, el Código establece que el Tribunal revisor tiene competencia para resolver la materia impugnada. En ese punto el código concede, al órgano revisor, la potestad de declarar la nulidad en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante (art. 409.1).

Vinculado al principio dispositivo, encontramos dos instituciones que recoge el código: la adhesión y el desistimiento[252], regulados, en los artículos 404.4 y 406 respectivamente. El primero implica que los sujetos que tengan derecho a recurrir (y en su momento no lo hicieron), podrán adherirse al recurso interpuesto (por cualquiera de los sujetos procesales), antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda. Por su parte el segundo implica que los que hayan interpuesto el recurso pueden desistirse antes de expedirse la resolución, debiendo expresar sus fundamentos. En el caso que el recurso haya sido interpuesto por el abogado defensor, éste no podrá desistirse sin mandato expreso de su patrocinado. El desistimiento de uno de los recurrentes no afecta a los demás recurrentes o adherentes, pero aquél debe responder por las costas.

d. *Principio de prohibición de reforma en peor.*- El principio de prohibición de reforma en peor, se sustenta en razones de justicia y equidad, a favor del imputado. Se encuentra regulada expresamente en el Código de la siguiente manera: "[...] La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio"(artículo 409.3). De acuerdo con este principio -prohibición de *reformatio in peius*- se prohíbe que el órgano revisor agrave aún más la situación del imputado, cuando éste sea el único recurrente, ya que el fiscal consintió la reso-

252 IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *Manual de impugnación y recursos en el nuevo modelo procesal penal*. En: Código Procesal Penal. Manuales operativos, Academia de la Magistratura, Lima, 2007, p. 81 y ss.

lución quedando prohibido reformar para empeorar la situación del imputado. En el caso que impugnen tanto el imputado como el representante del Ministerio Público se puede re-examinar la sentencia en ambos sentidos: a favor o en contra del imputado. Asimismo, cuando el representante del Ministerio Público sea el único recurrente se permite al Juez, revocar o modificar la resolución, aún a favor del imputado.

e. *Principio de inmediación.*- Según MONTERO AROCA[253], no es idóneo un recurso resuelto sólo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia. Una de las novedades código es la vigencia de este principio, pues para resolver, como es el recurso de la apelación contra sentencia, se necesita de una audiencia, en la cual el órgano revisor, tendrá la oportunidad de conocer directamente a los órganos de prueba y sobre esa base, decidir.

3. EFECTOS

Los recursos en materia penal, pueden producir diversos efectos: devolutivo, suspensivo, diferido, y extensivo.

El *efecto devolutivo*, implica que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior (*A quem*), de aquel que dictó la resolución impugnada (*A quo*). Todos los recursos en materia penal poseen este efecto a excepción del recurso de reposición.

El *efecto suspensivo*, significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido. Es el impedir la vigencia del acto del juez *A quem* y por tanto su cumplimiento. El artículo 412 regula el efecto no suspensivo de los recursos, señalando que "Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente". También refiere que las impugna-

253 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, p. 180

ciones contra sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener efecto suspensivo.

El *efecto extensivo,* por su parte alude a que la interposición de un recurso por uno de los procesados, favorece o se extiende a todos los que se encuentran en la misma situación, aún cuando no hayan recurrido; cabe resaltar que sólo tendrá este efecto las decisiones que favorezcan al imputado. El artículo 408 del Código regula este efecto y lo extiende al caso del tercero civil ya que regula lo siguiente: a) cuando hayan pluralidad de imputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales; b) la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil; c) la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

El *efecto diferido,* procede cuando hay pluralidad de imputados o de delitos, en caso que se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de otros. En tal supuesto si se presenta una impugnación y es concedida, la remisión de los autos al órgano revisor se producirá, cuando se dicte la sentencia que ponga fin a la instancia, a excepción de aquellos casos en que se ocasione grave perjuicio a alguna de las partes (art. 140). La parte perjudicada puede interponer recurso de queja, en la forma prescrita por ley.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

No obstante que la doctrina ha propuesto diversos criterios de clasificación de los recursos, sólo abordaremos clasificación en atención a las formalidades exigidas por la ley, según la cual los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios.

En los recursos ordinarios, para su interposición y consecuente concesión, se requiere básicamente de la fundamentación del mismo, precisando el vicio o error que se ha incurrido al dictar la resolución impugnada, (ejemplo la apelación). Por el contrario los recursos extraordinarios, son de carácter excepcional, requieren el cumplimiento de un mayor número de requisitos, (ejemplo la casación).

II. LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

1. CARACTERÍSTICAS COMUNES

El Código exige las siguientes formalidades:

a. Se interpone por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y legitimidad; por escrito y dentro de los plazos previstos por ley; también se puede interponer oralmente cuando se trata de resoluciones dictadas en una audiencia judicial, (art. 405.1), pero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días (art. 405.2).

b. El recurso impugnatorio debe de precisar los puntos de la resolución que le afecten o le causen agravio, expresar los fundamentos de hecho y derecho y concluir formulando la pretensión concreta.

c. El juez se pronunciará sobre la admisión del recurso, notificará a las partes y elevará inmediatamente lo actuado al juez inmediato superior (excepto del recurso de reposición).

d. El juez que conoce de la impugnación podrá, de oficio, controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio, cuando no se cumplan con los requisitos preestablecidos.

e. En el caso que el Tribunal revisor advierta errores de derecho que no hayan influido en la parte resolutiva de la resolución impugnada, no se anularán y serán corregidas. Procediéndose de igual forma cuando se trate de errores materiales en la denominación o en el cómputo de penas.

f. Se prevén los siguientes plazos: dos días para la reposición, cinco días para la apelación de sentencia, tres días para la apelación contra autos y para el recurso de queja y diez días para la casación (art. 414).

2. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Se trata de un recurso no devolutivo, ya que su tramitación y resolución corresponde al órgano judicial que dictó la resolución impugnada. A decir de GIMENO SENDRA[254] es un *recurso de reforma*, ordinario, no devolutivo, ni suspensivo que procede contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano jurisdiccional.

Se dirige contra los decretos que son decisiones de trámite judicial, con la finalidad de que el juez que lo dictó examine nuevamente el caso y dicte la resolución que corresponda (art. 415.1).

El Código Procesal Penal diferencia la tramitación de este recurso en función a que si fue presentado en audiencia o no. En el primer caso, será admisible contra todo tipo de resolución, salvo las finales[255], debiendo el Juez resolver el recurso en ese mismo acto, sin suspender la audiencia. En el segundo caso, cuando se trate de una decisión que no fue dictada en audiencia, el recurso se interpondrá por escrito, en el plazo de 2 días, que se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución, de ser el caso, si el Juez considera necesario (es una potestad facultativa de él) conferirá traslado por un plazo de 2 días y una vez vencido el plazo resolverá.

Una vez interpuesto el recurso, en el caso que el Juez advierta que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente (irrebatiblemente) inadmisible, lo declarará así sin más trámite. Por último el auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

---

254 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 710.

255 Cabe anotar que el Código, en el artículo 415.1, segundo párrafo, prescribe que: "Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición *contra todo tipo de resolución*, salvo las finales, [...]" (énfasis nuestro). La frase subrayada debe ser entendida: contra resoluciones que sean decretos, porque de otro modo se desvirtuaría la finalidad del recurso de reposición. De manera muy excepcional, el Código establece que para determinados autos, procede recurso de reposición, Ej. Arts. 420.4, 421.2 segundo párrafo.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

a. *Concepto y finalidad.*- La apelación constituye uno de los recursos impugnatorios de mayor frecuencia en el proceso penal. ORTELLS RAMOS[256] sostiene que se trata del recurso ordinario por antonomasia y que a través de aquél un órgano jurisdiccional de grado superior puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional.

Es un recurso por naturaleza devolutivo, ya que el reexamen o revisión de la resolución impugnada es de competencia del órgano jurisdiccional superior de aquél que lo expidió. Siendo su finalidad la de revisar lo resuelto por la instancia judicial inferior y de esa manera posibilitar un mayor grado de acierto y justicia de la resolución.

b. *Ámbito.*- Procede contra dos tipos de resoluciones: las sentencias y los autos. El artículo 416 del Código, prevé lo siguiente:

"1. El recurso de apelación procederá contra:

a. Las sentencias;

b. Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;

c. Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;

d. Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;

e. Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable. [...]"

256 ORTELL RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*. citado. p. 353.

c. Características

1. El plazo para la interposición de la apelación es de cinco días para la apelación contra sentencias; tres días para la apelación contra autos interlocutorios (aquellos que no ponen fin al proceso). El plazo se contará desde el día siguiente de la notificación de la resolución (artículo 414). Cuando el recurso de apelación sea interpuesto oralmente, en audiencia, contra resoluciones finales (Ej. Sobreseimiento, terminación anticipada), se tendrá que formalizar por escrito en el plazo de cinco días (artículo 405.2)
2. La Sala Penal Superior conoce de las resoluciones dictadas por el juez de la investigación preparatoria, juez penal, unipersonal o colegiado (todos los mencionados pertenecen a un mismo nivel jerárquico dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial); mientras que el Juez Penal unipersonal conoce de la apelación contra la sentencia dictada por el Juez de Paz Letrado.
3. La apelación tendrá efectos suspensivos cuando se trate de sentencias, autos que resuelvan sobreseimientos o que pongan fin a la instancia. En el caso que se trate de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, ese extremo se ejecutará provisionalmente. El Tribunal Superior, en cualquier estado del proceso recursal, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá decidir si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse. Esta resolución es inimpugnable (art. 418).
4. La Sala Superior puede anular o revocar, total o parcialmente, la resolución impugnada. Incluso, tratándose de sentencia absolutoria podrá dictar sentencia de condena (art. 419.2). Ello en razón a que, con la nueva regulación se instaura juicio de apelación, donde se permite la actuación de pruebas (sobre eso nos referiremos en adelante).
5. En el caso que la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio

procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior (artículo 416.2).

d. *Apelación contra autos: trámite (art. 420).-* El recurso de apelación se interpone ante el Juez que emitió la resolución, quien efectúa un primer control de admisibilidad, luego de ello notifica la decisión a todas las partes, procediendo a elevar los autos al órgano superior (art. 405.3).

Una vez recibos los autos, la Sala Penal Superior, correrá traslado del escrito de fundamentación del recurso a los sujetos procesales, en el plazo de 5 días. Cuando se haya absuelto el traslado o vencido el plazo, el órgano jurisdiccional revisor podrá rechazar de plano el recurso (este representa el segundo control de admisibilidad del recurso). El auto en el cual la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, conforme a lo señalado. En caso contrario, se fijará día y hora para la audiencia de apelación.

Antes de la notificación del mencionado decreto, los sujetos procesales, pueden presentar pruebas documentales, o solicitar que se agregue a autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Ello se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de 3 días. La Sala, de manera excepcional, podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales (su registro) sin que esto importe la paralización del procedimiento principal. Como se aprecia, en la audiencia de apelación se procede a la actuación de pruebas, circunscribiéndolas a la prueba documental

En la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales, que lo estimen conveniente y no podrá aplazarse por ningún motivo. El desarrollo de la audiencia es el siguiente: se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso; luego tomará la palabra el abogado recurrente y a los de-

más abogados; el acusado tendrá el derecho a la última palabra. La Sala, en cualquier momento de la audiencia, puede formular preguntas a los intervinientes, solicitarles que profundicen su argumentación o se refieran a algún punto concreto de la cuestión debatida. La Sala absolverá el grado en el plazo de 20 días, salvo disposición contraria prevista.

e. *Apelación contra sentencias: trámite, medios probatorios, audiencia de apelación, sentencia en segunda instancia y nulidad del juicio (art. 421 y siguientes).*

El juicio de *apelación* constituye una nueva institución procesal que si evidencia un cambio sustancial en la forma de resolver las impugnaciones que se hagan a la sentencia y que la legislación anterior no contemplaba. La revisión de la sentencia impugnada importa un nuevo juicio oral, con las mismas garantías y principios, pero con determinadas limitaciones en orden a la actividad probatoria. Se entiende que este juicio no debe ser extenso y las reglas del mismo dan la responsabilidad del mismo al tribunal colegiado o Sala Penal Superior.

El juicio de apelación de la sentencia se encuentra regulado en los artículos 421 al 426 del nuevo código y establece las siguientes reglas que se relacionan con la admisibilidad, actuación de pruebas, audiencia pública y la sentencia de segunda instancia.

a. La Sala Penal Superior competente es la encargada de dirigir este procedimiento de apelación. Comunica a las partes del recurso de apelación, con la absolución o vencido el plazo admite o declara inadmisible de plano el recurso. En este segundo caso, el auto que lo declara podrá ser objeto de recurso de reposición. Admitida la apelación, la Sala comunicará a las partes que pueden ofrecer sus pruebas.

b. Las partes harán su ofrecimiento de pruebas por escrito debiendo indicar el aporte que espera con dicha prueba, bajo sanción de inadmisibilidad. Sólo se admitirá: i) la prueba que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; ii) las pruebas que fueron indebidamente

denegadas y hubiere formulado reserva; iii) las pruebas que fueron admitidas pero no pudieron actuarse por causas ajenas a la parte. Los medios probatorios deben estar referidos a la impugnación de la culpabilidad o inocencia del imputado; a la determinación de la sanción; o a la reparación civil; en este último caso, rigen los límites del art. 374 del CPC.

c. Se establece que serán citados los testigos -también agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala, por exigencia de los principios de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia (art. 422.5).

d. La Sala decidirá la admisión de las pruebas teniendo como marco normativo lo dispuesto para las pruebas en la misma ley procesal (art. 155). Se establece que dicha resolución es inimpugnable. Citará a una audiencia de apelación, notificando a las partes, a los acusados si fueran varios; incluso a los testigos y agraviados, si lo considera necesario o las partes lo piden.

e. La audiencia se realizará con obligatoria asistencia del fiscal y del imputado apelante; también de los demás acusados si el apelante fue el fiscal. Si el fiscal o el acusado impugnante no concurre a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso interpuesto. Lo que evidencia una sanción al recurrente que no presta interés procesal en su impugnación que, en el caso del Ministerio Público resulta de singular irregularidad. Resulta claro que la parte recurrente es la que debe de concurrir a dicha audiencia.

f. En la audiencia se seguirán las reglas del juicio oral en lo que sea compatible; se dará cuenta de la sentencia y de la impugnación; las partes podrán ratificarse de la apelación o desistirse total o parcialmente de la misma; se actuarán las pruebas admitidas (declaración de testigos, peritos); se examinará al imputado de manera obligatoria si se trata de una impugnación sobre su responsabilidad, pero puede abstenerse a declarar; se podrán examinar a los testigos o agraviados,

también al perito o dar lectura al dictamen pericial o prueba documental admitida. También se posibilita la actuación de pruebas de oficio (art. 424.4).

g. Culminada la actuación de pruebas, las partes harán sus alegatos debiendo iniciarlo el recurrente; el acusado siempre podrá hacer uso del derecho a la última palabra, es decir, en su caso, será el último que exponga ante la Sala.

h. Seguidamente se suspenderá la audiencia para proceder a la deliberación y expedición de la sentencia, bajo las reglas ya expresadas, la misma que tendrá un plazo máximo de diez días. La sentencia se decide por unanimidad o por mayoría. Hay que señalar que la Sala valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, incluso la que cuestione la prueba actuada en la fase anterior. De acuerdo con la nueva ley procesal, la Sala puede: i) resolver la nulidad, en todo o en parte de la sentencia apelada, remitiendo al juez lo actuado para la subsanación del caso; ii) confirmar o revocar la sentencia apelada, incluso, si la sentencia es absolutoria, puede dictar una de condena imponiendo pena y reparación civil, decisión que puede ser opinable pero perfectamente viable en el nuevo contexto de la ley procesal; también la Sala puede referir un fundamento distinto para absolver; si la sentencia es condenatoria puede dictar la absolución, o referir un fundamento distinto; iii) también puede modificar la pena, asimismo, imponer, modificar o excluir penas accesorias o medidas de seguridad (art. 425.3).

i. La ley procesal establece que si se declara la nulidad de la sentencia condenatoria a instancia del imputado, en el nuevo juicio oral no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primer juicio (art. 426.2)

j. La sentencia de segunda instancia se pronuncia siempre en audiencia pública; se notificará a las partes y se llevará a cabo con las que asistan pues no cabe el aplazamiento por ningún motivo (art. 425.4).

k. Contra la sentencia de apelación sólo procede el pedido de aclaración, corrección y el recurso de casación.

1. Leída y notificada la sentencia, se remite lo actuado al Juez que corresponda para la ejecución del fallo.

Como se podrá observar, las facultades de la Sala Superior de apelación son amplias, pero además, permite una revisión de lo actuado en el juicio de primera instancia bajo los mismos principios de contradición, oralidad e inmediación.

4. EL RECURSO DE CASACIÓN

a. Concepto y clases.- La casación en materia penal constituye una de las instituciones procesales de mayor arraigo en la doctrina, que permite la formación de la jurisprudencia suprema. Para CLAUS ROXIN la casación es un recurso limitado, permite el *control in iure,* lo que significa que "la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal."[257]

También ha sido definida la casación como el medio de impugnación *extraordinario,* con efectos devolutivos y a veces suspensivo y extensivo, mediante el cual se somete al Tribunal Supremo el conocimiento, a través de unos motivos tasados, de determinadas Sentencias y Autos definitivos dictados por órganos colegiados con el fin de lograr la anulación de la resolución recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de Derecho material o procesal, aplicables al caso.[258]

La finalidad de la casación no es el aseguramiento de la *unidad del Derecho* y la realización de la *justicia en el caso individual,* sino el aseguramiento de una protección jurídica realista, "pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello no son del dominio

257 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal,* Editores del Puerto,1ª edición en castellano, Buenos Aires, 2000, p. 466.

258 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal penal,* citado, p. 745.

natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos." [259]

Pueden distinguirse dos clases de casación: a) casación por infracción de la ley, y b) casación por quebrantamiento de forma. En el primer caso, se anula la resolución porque el fallo no corresponde a la voluntad de la ley sustantiva; y la segunda, se anula la resolución porque habiéndose infringido las formas prescritas por la norma procesal para la actuación de esa voluntad, no puede saberse si aquél corresponde o no a ella.[260] También se distingue la *casación sustantiva*, que permite determinar si el derecho material ha sido correctamente aplicado al hecho comprobado por el tribunal de mérito; y la *casación procesal*, para atacar los errores procesales, en tanto el tribunal de casación no sólo revisa si el derecho procesal ha sido correctamente interpretado, sino también si el tribunal inferior ha constatado correctamente las circunstancias fácticas que se subsumen bajo una norma procesal.[261]

b. *Procedencia.*- La nueva ley procesal introduce la casación penal bajo determinadas reglas de procedimiento, precisando en primer orden que procede contra: 1) las sentencias definitivas; 2) los autos de sobreseimiento y 3) los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, dictadas en apelación por las Salas Superiores (art. 427.1).

En los casos indicados anteriormente, se tiene que tener en cuenta la exigencia de determinado *cuantum punitivo* previsto en la norma penal para su procedencia; así, se requiere que el auto que ponga fin al procedimiento se refiera a un delito cuyo extremo mínimo de la pena prevista en la ley sea superior a seis años; o la sentencia dictada sea por delito que tenga señalada en la ley en su extremo mínimo pena superior a seis años; en ambos casos se

259 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 469.

260 GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal español*, Valencia, Tirant lo blanch, 2ª edición, 1997, p. 321.

261 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 469.

trata de la pena conminada que establece el código penal para el delito y no la pena que se haya impuesto o solicitada en la acusación escrita (si fuera este último caso). En tal sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema ha declarado la *inadmisible objetiva* del recurso de casación debido a que el delito materia de proceso penal -hurto agravado- se encuentra sancionado con pena inferior a seis años en su extremo mínimo, lo que impide apreciar los demás supuestos de admisibilidad formales y subjetivas.[262]

También se considera la procedencia de la casación cuando se trate de sentencias que imponga la medida de seguridad de internación; o cuando el monto de la reparación civil fijada en primera o segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal; o el objeto no pueda ser valorado económicamente (art. 427.2, 3).

El plazo para interponer el recurso de casación es de diez días que se computan a partir del día siguiente de la notificación de la resolución judicial (art. 414).

c. *Procedencia excepcional.*- Excepcionalmente la Corte Suprema podrá declarar la procedencia del recurso de casación en casos distintos a los señalados cuando, la Sala Penal *discrecionalmente* lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (art. 427.4). En estos casos, cuando se invoque este supuesto excepcional, el recurrente, además de las causales que se prevén, deberá explicar puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende (art. 427.4, 430.3). Así se ha expresado la Sala penal Suprema cuando sostiene que si bien el código permite que "excepcionalmente pueda aceptarse el recurso de casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende".[263]

262 Auto Casatorio N° 04-2007, Huaura, de fecha 14 de agosto del 2007.

263 Auto Casatorio N° 06-2007, Huaura, de 24 de octubre del 2007. En este auto se pre-

d. *Inadmisibilidad.*- La Sala Suprema declarará la inadmisibilidad de la casación cuando no se satisfacen los requisitos formales que establecen los arts. 405 y 429 de la ley procesal; cuando se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en la ley; cuando se refiere a resoluciones no impugnables en casación[264]; cuando el recurrente hubiere consentido previamente la resolución adversa de primera instancia; cuando carezca manifiestamente de fundamento (art. 428).

e. *Causales.*- La ley procesal (art. 429) establece determinadas *causales* para interponer casación. Estas son las siguientes:

- Si la resolución ha sido expedida con inobservancia de garantías constitucionales de naturaleza procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías[265]. Así en la sentencia casatoria N° 09-2007, Huaura, se declara fundada en parte la casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso: afectación del principio de inmediación y defensa procesal: derecho a la prueba. [266] [267]
- Si la resolución incurre o deriva de una inobservancia de las normas procesales sancionadas con nulidad.

---

cisa que el recurrente no sólo no ha especificado el porque la Sala Suprema debe de conocer de dicho recurso, sino que el mismo carece de interés casacional. También el auto casatorio 07-2007, Huaura, de 14 de septiembre del 2007.

264 Véase el auto casatorio N° 01-2008, La Libertad, de fecha 15 de febrero del 2008.

265 Véase la Sentencia Casatoria N° 11-2007, La Libertad, de fecha 14 de febrero del 2008.

266 En la Sentencia Casatoria N° 09-2007, Huaura, de fecha 18 de febrero del 2008, se considera que el colegiado al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada, y que la oralización de la declaración de la agraviada no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que "sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud del testimonio". Se declaró nula la sentencia de vista que confirmaba la absolución en caso de violación sexual y ordenó nueva sentencia previa audiencia de apelación.

267 Véase también la Sentencia Casatoria N° 10-2007, Trujillo, de fecha 29 de enero del 2008.

- Si la resolución importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Si la resolución ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
- Si la resolución se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o Tribunal Constitucional.

Para efecto de su admisibilidad, el recurrente debe de cumplir con: a) los requisitos formales que prevé la ley en el art. 405; b) debe invocar la causal invocada por separado; c) debe señalar de manera concreta los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados; d) sus fundamentos legales y doctrinales; y e) expresará específicamente cual es la aplicación que pretende.[268]

Entonces, el recurso de casación debe de plantear no solo la indebida interpretación o aplicación de las normas sino proponer la forma debida y correcta de la aplicación de la ley. Se presenta ante la Sala Penal Superior, la que puede declarar su inadmisibilidad; en caso de conceder el recurso notificará a todas las partes emplazándolas para que comparezcan ante la Sala Suprema, estableciéndose que para en caso de distritos judiciales fuera de la ciudad de Lima, deben de fijar domicilio procesal dentro del décimo día de notificados, ello permitirá a la Corte Suprema cumplir con el traslado del recurso a las partes (art. 430.4,5).

La Corte Suprema mediante auto decidirá si el recurso está *Bien Concedido* y si procede conocer el fondo del asunto. En tal sentido expedirá el auto de calificación del recurso de casación dentro del plazo de veinte días (art. 430. 6). Si la Sala Suprema concede el recurso, es decir, admite conoce el fondo del mismo; señalará día y hora para la *Audiencia de Casación* con citación de las partes estableciéndose, como sanción procesal, que de no concurrir

268 Véase la casación N° 02-2007, Huaura, auto de calificación, considerando tercero, de fecha 15 de julio del 2007.

la parte que interpuso el recurso se resolverá inadmisible el mismo (art.431.2). Instalada la audiencia se escuchará a las partes, primero a aquella que ha recurrido y luego a la otra parte, incluso se escuchará al imputado, si asiste, luego de lo cual se suspende a fin de que la Sala resuelva dictando *Sentencia de Casación* en el plazo de veinte días, requiriéndose cuatro votos conformes.

Conforme a la ley procesal, la Sala Suprema Penal tendrá competencia sólo en cuanto a las causales preestablecidas expresamente invocadas por el peticionario, sin embargo, puede emitir pronunciamiento sobre cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado del proceso. Asimismo, su competencia se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución cuestionada y como señala la ley "está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos" (art. 432.2).[269]

Si la Sala Penal Suprema declara Fundado el recurso de casación, declarará la nulidad de la sentencia o auto, y podrá decidir el caso o disponer el reenvío del proceso. En el primer supuesto, se pronunciará sobre el fondo del asunto dictando el fallo que reemplazará al impugnado; en el segundo supuesto, de nulidad y reenvío, indicará el órgano jurisdiccional inferior competente y el acto procesal que deba renovarse. Al margen de lo expuesto, también puede, de oficio o a pedido del Ministerio Público, decidir que el fallo tenga naturaleza de *doctrina jurisprudencial vinculante* a otros órganos jurisdiccionales inferiores (art. 433.3), posibilitándose la realización de un *Pleno Casatorio* en el caso de que existiera otra sala penal.

Los efectos más importantes de una sentencia de casación son: a) la anulación de la sentencia o auto podrá ser total o parcial; b) si alguna de las disposiciones de la resolución impugnada no fue anulada, tendrá naturaleza de cosa juzgada; y c) si el fallo afecta

269 Además se señala que los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria (art. 432.3).

el estado de detención del imputado, se ordenará por Tribunal Supremo, la libertad de aquel.

Es del caso señalar que contra lo resuelto por la Sala Suprema Penal en sentencia casatoria no es susceptible de recurso impugnatorio alguno (salvo caso de revisión). También se establece en la ley que no será impugnable la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria; si lo será si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria (art. 436).

5. EL RECURSO DE QUEJA DE DERECHO

La queja constituye un recurso extraordinario que busca alcanzar la admisibilidad de una impugnación denegada por la instancia anterior. Se busca que el juez superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad decidida por el inferior se ha ajustado o no a derecho.[270]

Este recurso tiene una naturaleza excepcional, recurrente de la negativa del órgano jurisdiccional para admitir una impugnación. Se trata de una vía procesal indirecta para lograr se conceda la impugnación deducida y negada.

Se le llama queja de derecho y de acuerdo con la ley procede en distintos dos casos: a) cuando el juez declara inadmisible un recurso de apelación; y b) cuando la Sala Superior declara inadmisible un recurso de casación.

Además de ello, se establece que la queja por *denegatoria del recurso de apelación o casación*, se presenta ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso sustentando jurídicamente su pedido con invocación de la norma vulnerada y acompañando la documentación necesaria (resolución recurrida, escrito en que se recurre y resolución denegatoria) y que su interposición no suspende la tramitación del proceso principal ni la eficacia de la resolución cuestionada (art. 437).

270 Véase SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Edit. Grijley, Lima, 1999, p. 767.

En esencia, el juez de instancia superior revisa la resolución que deniega la impugnación deducida ante el *a-quo*.

El plazo para su interposición es de tres días y en concordancia con lo dispuesto por el art. 403 del CPC, tratándose de Distritos Judiciales distintos a Lima y Callao, el recurrente puede pedir al juez que denegó el recurso que, dentro del plazo remita lo actuado por conducto oficial, debiéndose formar el cuaderno y proceder a la remisión, bajo responsabilidad. El órgano jurisdiccional decidirá su admisibilidad y podrá, previamente, pedir al juez copia de alguna actuación procesal.

Si queja de derecho es declarada fundada, se concederá el recurso que fuera denegado y se ordenará al juez remita el expediente o ejecute lo que corresponda, notificándose a las partes. Si la queja es declarada Infundada, se notifica al Fiscal y a las demás partes (art. 438).

III. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

1. CONCEPTO

No se trata de un recurso sino de una *acción* que se dirige ante el órgano jurisdiccional Supremo a fin de demandar un nuevo análisis del caso penal, pese a la existencia de sentencia firme, por existir una causal de suma importancia que demostraría la inocencia de la persona condenada por un delito. Constituye el caso "más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente de manera insoportable para la idea de la justicia."[271]

271 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 492.

Ha sido conceptuada como una acción de impugnación autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una Sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre dicha resolución judicial, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.[272]

La revisión busca eliminar el error judicial que se pueda haber producido en contra del imputado de acuerdo con los presupuestos establecidos en la ley; en consecuencia, no se trata de analizar nuevamente las pruebas que sirvieron de base para la construcción de la sentencia, sino del análisis de la nueva prueba presentada y no conocida anteriormente.

El legislador del código del 2004 sólo ha contemplado la revisión de las sentencias condenatorias, pero hubiera sido también importante que se ocupara de los casos donde se dictan sentencias absolutorias existiendo de por medio amenazas o comisión de delito por la autoridad que dictó la sentencia.

2. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Conforme a la lógica que imprime el nuevo proceso penal, la acción de revisión procede sólo a favor del condenado y de manera taxativa se establecen los siguientes casos:

- Cuando después de dictada la sentencia de condena, se dicta otra igual de condenatoria o imponiendo medida de seguridad, por el mismo delito, pero a persona distinta a la primera, *no pudiendo conciliarse* ambas sentencias. Lo que exige, en virtud del principio de inocencia, su nuevo análisis judicial.
- Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada. Lo que resulta hasta lógico si se tiene en cuenta que no puede haber dos sentencias en contra de un mismo procesado por los mismos hechos.

272 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 769.

- Cuando se demuestre que una prueba considerada decisiva para la sentencia, carece de valor probatorio por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación. Ello exige el ofrecimiento de la prueba que desvirtúa la anterior de manera indubitable.
- Cuando con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba no conocidos durante el juicio y que permitan establecer la inocencia del condenado.
- Cuando se demuestre mediante resolución firme que la sentencia fue determinada exclusivamente por delito incurrido por el Juez o existió contra su persona o familia una grave amenaza y siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado. Supuesto este de suma importancia pues se tiene en cuenta las posibilidades actuales de influir en los fallos judiciales, sobre todo en los casos de crimen organizado. Se busca corregir no un error sino una decisión judicial anómala, irregular, viciada que perjudica a una persona inocente, debiéndose probar tal circunstancia además de acreditar también la actividad delictiva del juez o la *grave amenaza* existente en su contar o contra su familia.
- Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema. Lo que no hace sino reafirmar el principio de legalidad penal y procesal, además, en éstos casos, entendemos que la autoridad judicial que impuso la condena debiera actuar de oficio o bajo la iniciativa del Ministerio Público.

3. INTERPOSICIÓN, TRÁMITE Y SENTENCIA

La acción se interpone por el Fiscal Supremo Penal y por el condenado. También los familiares de éste último en su representación. La demanda se presenta ante la Sala Penal de la Corte Suprema con requisitos preestablecidos (art. 441). La demanda debe de contener lo siguiente:

a. La determinación precisa de la sentencia que se pide revisar con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó.

b. La causal que se invoca -prevista en el artículo 439- y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales que fueran pertinentes.

c. La indemnización que pretende el demandante, con indicación precisa del monto. La misma ley señala que ello es potestativo.

d. Se acompañará a la demanda copia de la documentación pertinente: sentencias, prueba documental o indicación del lugar donde se encuentre archivada; otros medios de prueba que acrediten sus afirmaciones.

e. La Sala Suprema podrá otorgar un plazo determinado al demandante a fin de que complete los requisitos que faltan.

Si se admite la demanda, la Sala solicitará el expediente que motiva la revisión y la prueba documental que señala el demandante, quien además puede ofrecer medios de prueba; se actuarán las pruebas con intervención de las partes por el vocal supremo designado, y se fijará fecha para la realización de una *Audiencia de Revisión*, la que se realiza con asistencia de las partes. Se establece -al igual que en los casos anteriores- que si no se presenta el demandante se declarará inadmisible la demanda.

Concluida la audiencia, la Sala quedará expedita para dictar sentencia en el plazo de veinte días en sesión pública. Si resulta *fundada* la causal invocada, declarará sin valor la sentencia que la originó pronunciando directamente sentencia absolutoria o remitirá lo actuado al órgano jurisdiccional competente para un nuevo juicio. Si declara *infundada* la demanda el interesado podrá iniciar una acción nueva pero por causal distinta a la resuelta.

La nueva ley procesal reconoce a la Sala Suprema facultades de suma importancia en atención a la demanda de revisión pues puede tomar decisiones inmediatas sobre la pena privativa de la libertad u otras medidas que afectan otros derechos del imputado. La acción de revisión puede tener efectos inmediatos a su *interposición* pues si bies cierto no suspende la ejecución de la sentencia, si es posible que en cualquier momento del procedimiento, la Sala pueda suspender la ejecución de

la sentencia impugnada y disponer, incluso, la libertad del imputado o una medida coercitiva alternativa, lo que evidencia que con lo actuado ya se estaría definiendo la situación final del imputado, lo que además resulta válido si los elementos probatorios resultan evidentes sobre su inocencia.

Para estos efectos, se establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores, dado el conocimiento y la experiencia que tiene, brinde el apoyo necesario a la Fiscalía de la Nación, la que además, también en coordinación, podrá celebrar convenios con las autoridades centrales extranjeras para el intercambio de tecnología, experiencia, coordinación de la cooperación judicial, capacitación u otros actos similares (art. 512).

4. LA EXTRADICIÓN

La extradición presenta características generales

1. La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe de delito que se encuentre en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o cumplir la sanción penal.
2. Si no existe Tratado la extradición puede sustentarse en el principio de reciprocidad.
3. Corresponde decidir la extradición activa o pasiva: al Gobierno mediante resolución Suprema, con acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de una Comisión Oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
4. La decisión del Gobierno requiere también de una resolución consultiva de la Sala Penal de la Corte Suprema (con conocimiento de la Fiscalía de la Nación), la que resulta decisiva pues si la opinión del máximo órgano jurisdiccional es negativa a la extradición, el Gobierno queda vinculada a ella (obligatoria), pero si la resolución consultiva es favorable a la entrega o considera procedente solicitar la extradición, el Gobierno no está obligado y puede decidir lo conveniente (facultativa).

5. CLASES DE EXTRADICIÓN

El nuevo Código regula la extradición bajo sus dos formas ya conocidas: la extradición pasiva y la activa.

5.1. La extradición pasiva

Se produce cuando el Estado peruano es requerido para que decida la extradición de una persona que se encuentre en nuestro país. La extradición pasiva procede cuando la persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe de un delito cometido en un país extranjero y que se encuentre en el territorio nacional, como residente, turista o de paso, puede ser extraditada a fin de que sea investigada, juzgada o cumpla la sanción impuesta. Esta extradición se encuentra supeditada a que existan las garantías de una recta impartición de justicia en el país requirente (art. 516).

Esta forma de extradición puede ser rechazada si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú, y si en ambas legislaciones no tenga prevista una pena, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a un año de pena privativa. Se prevé que si la extradición es por varios delitos, bastará que se cumpla la condición de uno de ellos para que involucre a los demás delitos.

Se señalan como otros casos de improcedencia de la extradición: si el Estado requirente no tuviera jurisdicción o competencia para conocer del caso; si el extraditado hubiera sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado o sujeto a otro derecho de gracia; si el extraditado tuviere que responder ante un tribunal de excepción; si el delito fuere militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa o de opinión; si el delito se persigue a instancia de parte, entre otros (art. 517).

El mismo código establece los efectos de la extradición que se concede, principalmente señalamos: 1) el extraditado no podrá ser encausado por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la extradición, sin previa autorización del Perú; 2) la modificación de la calificación penal de los hechos también requerirá la autorización del gobierno peruano; 3) el extraditado no podrá ser reextraditado, sin autorización del Perú; y 4) los objetos, efectos, instrumentos y lo que constituyan el cuerpo del delito y que se hallen en poder del extraditado podrán ser remitidos al estado requirente.

En estos casos es posible que se dicten medidas coercitivas que permitan o faciliten la extradición, como es el *arresto provisorio* o pre-extradición, con la intervención de la Fiscalía de la nación y de la Interpol.

5.2. La Extradición activa

En esta forma activa el Estado interesado es el Perú y, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema, podrá requerir la extradición de un procesado, acusado o condenado al Estado en que dicha persona se encuentra para que se someta y cumpla con la ley peruana.

Para los efectos del trámite interno se siguen determinados criterios y las normas ya establecidas para la extradición pasiva. El procedimiento se inicia por el juez de la Investigación Preparatoria o Juez Penal, de oficio o a pedido de parte; emite una resolución de extradición activa donde deberá precisar los hechos de imputación, la calificación legal, la pena conminada, los fundamentos que acreditan los hechos delictivos y su vinculación con el imputado, la declaración de ausencia o contumacia, si fuera el caso, así como la orden de detención con fines de extradición.

El juez formará el cuaderno respectivo acompañando principalmente, la documentación que acredite la ubicación del requerido en el país requerido, y si el Tratado o la legislación interna de dicho país exige prueba que fundamente la seriedad de los cargos, los medios de investigación o de prueba que lo justifiquen; se pueden adjuntar las normas de derecho interno y los tratados que son aplicables al caso. El cuaderno se eleva a la Sala Penal de la Corte Suprema, y si la resolución consultiva es desfavorable, se devolverá lo actuado al juzgado de origen; si es favorable, el cuaderno íntegro se remitirá al Ministerio de Justicia, el Gobierno emitirá pronunciamiento mediante Resolución Suprema, pudiendo acordar si accede o deniega el pedido (art. 526).

Al igual que la extradición pasiva, si existiera peligro de fuga, el juez podrá solicitar al Estado requerido, directamente, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación, y a través de la Interpol, que dicte orden de arresto provisorio con fines de extradición (art. 527).

6. ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los casos de asistencia judicial internacional están referidos a aquellos actos de cooperación internacional previstos en el art. 511 apartados b) a j) como son la asistencia para la notificación de las resoluciones y sentencias, la remisión de documentos, la realización de indagaciones o inspecciones, el bloqueo de cuentas, incautaciones, el traslado temporal de detenidos, entre otros actos (art. 528). En todos estos casos, la solicitud de asistencia judicial o *carta rogatoria* sólo procederá cuando la pena privativa para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de un delito sujeto exclusivamente a la justicia militar.

La ley procesal establece los casos en los cuales se pueden denegar las solicitudes de asistencia (art. 529) así como los requisitos y tramite a seguir cuando la asistencia judicial se solicita a las autoridades peruanas (art. 530) con intervención de la Fiscalía de la Nación, la que trasladará las solicitudes al juez de la investigación preparatoria del lugar donde se debe de llegar a cabo la diligencia (art. 532).

7. COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

También existe en el nuevo proceso penal expresa regulación sobre la colaboración con la Corte Penal Internacional. Dicha colaboración comprende: a) la detención y entrega de personas; b) la detención provisional; y c) los actos de cooperación previsto en el art. 93 del Estatuto de la Corte Penal, considerándose además los casos previstos en el art. 551, inciso 1, literales b) a m).

Se establece que las solicitudes de cooperación serán recibidas vía diplomática y remitidas inmediatamente a la Fiscalía de la Nación, aún cuando se puede dirigir dicho pedido directamente a la Fiscalía, la que a su vez las remitirá al Juez de la Investigación Preparatoria si se trata de un pedido de detención y entrega o de detención provisional y de los casos que le correspondan según el art. 511 citado. Pero corresponderá la remisión al Fiscal cuando la cooperación consiste en 1) la identificación

y búsqueda de persona u objetos; 2) la realización de exhumaciones y el examen de cadáveres y fosas comunes; y 3) la identificación y determinación del paradero de bienes delictivos. Si el pedido es de realización de inspecciones, congelamiento o la incautación de bienes delictivos, el Fiscal instará al Juez de la Investigación preparatoria dicte la resolución correspondiente (art. 555).

Es necesario resaltar la obligación que tienen las autoridades nacionales, que participan en los actos de cooperación, de preservar el secreto de las actuaciones en que intervengan, cuando fuere necesario y el interés de la justicia lo exige.

1.- AUTO DE CALIFICACIÓN / IMPROCEDENTE

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 01-2008
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, quince de febrero de dos mil ocho.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el Vocal Supremo señor Pariona Pastrana; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal y de las normas de carácter procesal sancionadas con nulidad interpuesto por el abogado defensor del encausado Juan Oswaldo Alvarez de la Cruz contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y nueve, de veintinueve de noviembre de dos mil siete; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, conforme al estado del proceso y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido -auto de fajas ciento cincuenta y cuatro, del once de diciembre de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que es de precisar que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos y el recurrente a cumplido con señalar domicilio procesal en la ciudad de Lima dentro del plazo establecido de conformidad con el artículo cuatrocientos treinta inciso cuatro. **Segundo:** Que, la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del Código Proce-

sal Penal aludido cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que un presupuesto objetivo del recurso es que se refiera a resoluciones impugnables en casación, a cuyo efecto es de precisar que es materia de recurso de casación la sentencia de vista de fojas ciento treinta y nueve que confirmó el extremo de la sentencia de primera instancia expedida por el Juzgado Colegiado que condenó al encausado Juan Oswaldo Alvarez de la Cruz como autor del delito de tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado, y revocaron la pena de ocho años, reformándola le impusieron doce años de pena privativa de la libertad, confirmaron la reparación civil impuesta de doscientos nuevos soles en mérito a que fue apelada por el fiscal provincial a fojas setenta y seis y el recurrente a fojas setenta y nueve, por lo que se cumple el presupuesto objetivo estatuido en los apartados uno -sentencia definitiva- y dos literal "b" -el delito a que se refiere la acusación escrita del fiscal tiene en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor a seis años- del artículo cuatrocientos veintisiete del referido Código Procesal Penal además contra el fallo de primera instancia el impugnante interpuso recurso de apelación porque la sentencia de primera instancia le fue adversa asimismo invoca violaciones de la ley que han sido deducidas también en los fundamentos de su apelación, en consecuencia no se afectó el presupuesto del gravamen a que se refiere el artículo cuatrocientos veintiocho apartado uno literal "d" parte in fine del Código Procesal Penal aludido. **Tercero:** Que el recurso cumple, semejantemente, los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación; que el recurrente, en principio, ha citado como motivo del recurso el inciso uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, y lo ha precisado como exige el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta de la Ley Procesal Penal, por lo que es del caso analizar su coherencia o correspondencia interna a los efectos de su admisibilidad, señala que tanto la sentencia del Primer Juzgado Colegiado y la sentencia de vista tiene como sustento una prueba irregularmente admitida -acta de registro personal e incautación de arma de fuego (fojas seis del cuadernillo adjunto) en el cual no se respetó lo previsto en los artículos doscientos diez e inciso dos del artículo doscientos

dieciocho del aludido Código, norma legal que contraviene el artículo ocho del Título Preliminar del citado Código, normas estas de orden público y de estricto cumplimiento toda vez que el fiscal no solicitó la resolución confirmatoria de la citada acta al Juez de la Investigación Preparatoria, consecuentemente le afectó la Garantía Constitucional del debido proceso que tiene todo justiciable y por ende el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, taxativamente previsto en el artículo ciento treinta y nueve inciso tres de la Carta Magna, y que la Sala de Apelaciones en su sentencia de vista tampoco corrigió dicho error, e inobservó el principio del *indubio pro reo* en el sentido que al no tener la acta aludida formalidades de ley, ni tampoco existe certeza sobre las personas que han intervenido en el acta de registro personal e incautación de armas de fuego dicha acta carecerá de eficacia como lo establece el artículo ciento veintiuno del Código Procesal Penal de dos mil cuatro lo que genera duda razonable a partir de lo cual afirma que se vulneró el debido proceso al no declarar la nulidad del mismo. **Cuarto:** Que, ahora bien, en primer lugar una adecuada o ineficiente investigación preparatoria no determina la anulación del proceso sino el sobreseimiento o la absolución del imputado, y, en segundo lugar, que la declaración de nulidad requiere de actos procesales realizados con defectos estructurales de tal naturaleza que le restan eficacia jurídica, ello en modo alguno puede constituirse en causal de nulidad del presente proceso, habida cuenta que en nuestro sistema procesal, la prueba se rige porque el juzgador tiene la libertad de evaluar los medios probatorios sin que estos tengan asignados un valor predeterminado y que estos tienen la necesidad de ser evaluados de forma global al momento de expedir la sentencia, lo que ha ocurrido en el proceso subexamen, asimismo cabe indicar que la tutela jurisdiccional efectiva no importa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda ni que admitida a trámite tenga necesariamente que declarar fundada; que, en dicho contexto, implica que el órgano revisor tiene que observar el debido proceso entre los que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, la obtención de un resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, plazos razonables lo que en el presente caso se han observado

en consecuencia el reproche que se formula no tiene entidad casacional, esto es, no se cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso casacional, siendo aplicación el literal "c" del inciso uno del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal tantas veces citado. Por estos fundamentos: I. Declararon IMPROCEDENTE por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal y de las normas de carácter procesal sancionadas con nulidad interpuesto por el abogado defensor del encausado Juan Oswaldo Alvarez de la Cruz; MANDARON se notifique a las partes apersonadas la presente Ejecutoria. II. DISPUSIERON se devuelva el expediente al Tribunal *de* Apelaciones. Hágase saber.-

S.S
SALAS GAMBOA / PONCE DE MIER / URBINA GANVINI / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATEUS

2.- AUTO DE CALIFICACIÓN / INADMISIBLE

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 07-2007
HUAURA

-AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN-

Lima, catorce de septiembre de dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal interpuesto por los acusados HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO y VÍCTOR RAÚL IRURETA GARCÍA contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, del siete de junio de dos mil siete, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y dos del cuaderno respectivo, del veintinueve de enero de dos mil siete, los condenó como autores del delito de peculado en agravio de la Muni-

cipalidad Distrital de Santa Maria y el Estado, e impuso a HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, y a VÍCTOR RAÚL IRURETA GARCÍA tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, así como inhabilitación por el plazo de tres años y el pago solidario de cuatro mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado y la Municipalidad Distrital de Santa María, a razón de dos mil nuevos soles a cada entidad, sin perjuicio de devolver la suma apropiada; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido -auto de fojas ochenta, del veintisiete de junio de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer del fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos y se han apersonado a la instancia ambos recurrentes, sin que el Ministerio Público y la actora civil hayan acompañado sus alegatos escritos. **Segundo:** Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, condenó a los recurrentes como autores del delito de peculado. **Tercero:** Que, sin embargo, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la Ley número veintiséis mil ciento noventa y ocho, establece para el peculado doloso pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho años, que, por consiguiente, como el extremo mínimo de dicho tipo legal no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible de recurso de casación, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad [cabe significar que si bien lo que se invoca es una presunta vulneración de preceptos constitucionales y se cita el supuesto de casación por infracción

de norma procesal, que presupone normas de rango ordinario, se trata de un error obviamente superable en virtud de la doctrina, ya asumida por esta Sala de Casación, de la voluntad impugnativa]. **Cuarto:** Que si bien el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal permite que, excepcionalmente, pueda aceptarse el recurso de casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal; que, en el presente caso, los impugnantes no han explicado acabadamente porqué estiman que el artículo diecisiete del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y ocho vulnera garantías constitucionales y por tanto que se debió inaplicar para proceder de ese modo con arreglo al antiguo Código de Procedimientos Penales, hecho por lo demás inaceptable en tanto se desconoce abiertamente los principios y reglas derivadas que informan las normas de transición o derecho procesal intertemporal, en cuya virtud es plenamente lícito -sin perjuicio de otras opciones legislativas, como la finalmente asumida por el legislador nacional al modificar el modelo de transición procesal penal- disponer la adaptación a un nuevo sistema procesal vencidas determinadas etapas procesales, lo que en modo alguno limita los derechos a la tutela, defensa procesal y debido proceso; es más, la causa -en virtud de la adecuación al nuevo sistema- ha merecido dos instancias a plenitud, se ha realizado íntegramente el juicio oral en primera instancia y se abrió una segunda instancia con arreglo al nuevo sistema procesal, de carácter amplio y con posibilidades más variadas de intervención para las partes. **Quinto:** Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que obró con temeridad o mala fe, por lo que es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del Nuevo Código Procesal Penal. Por estos fundamentos: I. Declararon INADMISIBLE el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal interpuesto por los acusados HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO y VÍCTOR RAÚL IRURETA GARCÍA contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, del siete de junio de dos mil

siete. II. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a los acusados HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO y VÍCTOR RAÚL IRURETA GARCÍA. III. DISPUSIERON se devuelva los actuados al Tribunal de origen; hágase saber.-

SS.
SALAS GAMBOA / SAN MARTÍN CASTRO / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / URBINA GANVINI

3.- AUTO DE CALIFICACIÓN / BIEN CONCEDIDO - INADMISIBLE

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 01-2007
HUAURA

-AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN-

Lima, diecisiete de mayo de dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por errónea interpretación de la ley penal y por defecto de logicidad interpuesto por la señora Fiscal Adjunta Superior de Huaura contra el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete, que revocando el auto de primera instancia dictado en audiencia por el Juez de la Investigación Preparatoria de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. **Segundo:** Que la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código Procesal Penal; que un presupuesto objetivo del recurso es que se refiera a resoluciones impugnables en casación, a cuyo efecto es de precisar que es materia de recurso un

auto expedido en apelación por la Sala Penal Superior que se pronuncia sobre una medida coercitiva personal; que, siendo así, es evidente, en primer lugar, que no se trata de una resolución que pone fin al procedimiento penal y, por ende, tampoco causa un gravamen irreparable, en tanto que no resuelve sobre el objeto procesal; y, en segundo, que no corresponde el motivo de casación sobre infracción de ley previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres, del citado Código porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como son los preceptos sobre prisión preventiva. **Tercero:** Que los fundamentos anteriores justificarían inadmitir el recurso de casación planteado, sin embargo es del caso hacer uso de la facultad que autoriza el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, en tanto que se trata de fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención -como medida provisionalísima- y la prisión preventiva -como medida provisional más estable-, ambas de marcada relevancia constitucional al estar coimplicado el derecho a la libertad personal. **Cuarto:** Que, no obstante ello, en función al carácter tasado de los motivos de casación es de precisar que el cauce procesal que corresponde al caso sub materia es el previsto por el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del nuevo Código Procesal Penal, y, en consecuencia, sobre ese motivo debe incidir el examen casacional; que a estos efectos es de asumir la concepción de la denominada "voluntad impugnativa", atento al contenido o fundamentación y a la pretensión hecha valer mediante el presente recurso -que, por lo demás, ha cumplido con las exigencias formales del apartado uno del artículo cuatrocientos treinta del código acotado-, que incide puntualmente en los alcances del cumplimiento de las normas procesales por el órgano jurisdiccional causantes de nulidad del auto de vista, por lo que, en aras de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional, que obliga a una interpretación no formalista de los requisitos de todo recurso impugnatorio, cabe entender que el recurso en cuestión tiene como motivo especifico el previsto en el inciso dos del citado artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal. **Quinto:**

Que, de otro lado, se ha alegado como segundo motivo de casación la manifiesta ilogicidad de la motivación del auto recurrido resaltando la incorrección del razonamiento del órgano jurisdiccional en orden a las exigencias jurídicas para dictar el mandamiento de prisión preventiva; empero, ese motivo casacional sólo procede respecto de la valoración de la prueba, es un control externo de la exigencia de motivación racional de la prueba, por lo que no cabe extenderla al examen de las normas jurídico procesales, a cuyo efecto el cauce idóneo, ya hecho valer incluso, es el de "indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación" de la norma procesal. Por estos fundamentos: I. Declararon BIEN CONCEDIDO el recurso de casación por la causal prevista en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal. II. Declararon INADMISIBLE el citado recurso por la causal estatuida en el inciso cuatro de la citada norma. III. DISPUSIERON que la causa permanezca en Secretaría a disposición de las partes por el plazo de diez días. Hágase saber.-

S.S.
SALAS GAMBOA / SAN MARTÍN CASTRO / LECAROS CORNEJO / PRINCIPE TRUJILLO / URBINA GANVINI

4.- SENTENCIA DE CASACIÓN / FUNDADO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 01-2007
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de julio de dos mil siete.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista de fojas cien-

to cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete -y no dos mil seis como erróneamente se ha consignado-, que revocando el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis, declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del incidente en primera instancia.

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial de Huaura mediante requerimiento de fojas ochenta y seis, del veinte de diciembre de dos mil seis, cursado al señor Juez de la Investigación Preparatoria de Huaura, solicitó se dicte la medida de coerción personal de prisión preventiva contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, al amparo de los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, quienes tienen formalizada investigación preparatoria, el primero, por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O; y, las dos restantes, por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado.

SEGUNDO: El señor Juez de la Investigación Preparatoria mediante decreto de fojas noventa y seis, del veintiuno de diciembre de dos mil seis señaló fecha para la audiencia de prisión preventiva. La audiencia se realizó al día siguiente sin la concurrencia de los imputados, pero con la asistencia de sus abogados defensores de confianza. Intervino en la audiencia el señor Fiscal Provincial requirente.

El debate se concretó en la posibilidad de realizar la audiencia de prisión preventiva sin la concurrencia de los imputados y sin antes haberse dictado o en su caso efectivizado mandato de detención preliminar. Contra el imputado Cavero Ramírez, previamente se había dictado mandato de detención preliminar -sin que haya podido concretarse-. Las encausadas Ramírez Ramos y Cavero Ramírez no han sido posibles

de tal medida provisionalísima porque el correspondiente requerimiento fiscal fue rechazado por el Juez de la causa.

TERCERO: El señor Juez de la Investigación Preparatoria, en ese acto, dictó el auto corriente a fojas ciento tres que declaró infundado el pedido de la Fiscalía Provincial de realización de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, sin presencia de los imputados.

Contra esa resolución recurrió la citada Fiscalía Provincial por escrito de fojas ciento seis y el actor civil por escrito de fojas ciento trece. Ambas impugnaciones fueron concedidas.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal por resolución de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de enero de dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación. Ésta se realizó, conforme al acta de fojas ciento cuarenta y cinco, del veintiséis de enero de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, el abogado defensor de oficio del imputado, la defensora de confianza de las encausadas, y la asistencia de estas últimas: Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez. En la audiencia se expidió tanto el auto de fojas ciento cuarenta y siete, del veintiséis de enero de dos mil siete, que declaró inadmisible la apelación del actor civil, cuanto el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, de la misma fecha, que absolvió el grado.

QUINTO: El auto de vista recurrido en casación, por mayoría, revocó la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria que declaró infundado el pedido del Fiscal para la realización de la audiencia de prisión preventiva; y, reformándola, lo declaró improcedente. Precisó, a su vez, que el Señor Fiscal puede instar la prisión preventiva en su debida oportunidad con arreglo a ley.

El voto singular estimó, en principio la procedencia del pedido del Ministerio Público, pero como no se había notificado a las partes en forma oportuna, debía anularse la resolución de primera instancia y dispo-

nerse que el Juez de la Investigación Preparatoria realice nueva audiencia de prisión preventiva con el emplazamiento oportuno a las partes.

III. Del trámite del recurso de casación de la señora Fiscal Adjunta Superior.

SEXTO: Notificado el auto de vista, la señora Fiscal Adjunta Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento setenta. Introdujo dos motivos de casación: errónea interpretación de la ley penal y defecto de logicidad. Concedido el recurso por auto de fojas ciento setenta y ocho, del quince de febrero de dos mil siete, y presentado argumentos adicionales por escrito de fojas ciento noventa y tres, aceptados por resolución de fojas doscientos uno, del veintiuno de febrero de dos mil siete, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha siete de marzo de dos mil siete.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del diecisiete de mayo de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, sólo admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de norma procesal -previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal-, así como declaró inadmisible el citado recurso por el motivo de defecto de logicidad.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistanse realizará por la Secretaria de la Sala el día seis de agosto próximo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas catorce, del cuaderno de casación, del diecisiete de mayo de dos mil siete, el único motivo de casación admitido es el de inobservancia de norma procesal. Al respecto la señora Fiscal Adjunta Superior sostiene en sus recursos formalizados de fojas ciento setenta y ciento noventa y tres -más allá de su confusa argumentación- que no es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar; que los presupuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad de que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y, que lo único consustancial a la audiencia de prisión preventiva es que se garantice el derecho de defensa.

SEGUNDO: El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

A. Que el Fiscal Provincial requirió la medida de detención preliminar contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez el dieciocho de noviembre de dos mil seis, la cual fue concedida ese mismo día por el Juez de la Investigación Preparatoria. Con fecha catorce de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra el citado imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O. y contra Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado, no obstante que el día anterior había requerido contra las dos últimas mandato de detención preliminar y que había sido rechazado. El veinte de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria mandato de prisión preventiva para los tres imputados -que no fue aceptado-, y con fecha nueve de enero de dos mil siete formuló acusación contra los tres encausados, sin que al dictar la primera Disposición haya ordenado la realización de diligencias de investigación.

B. Que, ahora bien, conforme al artículo doscientos sesenta y cuatro apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal, para que el Fiscal requiera prisión preventiva el imputado debe encontrarse detenido -en flagrancia por la Policía, arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial-.

C. Que contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal Provincial, dictó mandato de detención preliminar, pero no se efectivizó, al punto que el citado encausado se fugó al extranjero. Contra las encausadas Anyela Cinthia Cavero Ramírez y Margarita Ramírez Ramos el Fiscal también solicitó mandato de detención preliminar, pero fue rechazado por el Juez de la Investigación Preparatoria, mediante resolución que no fue impugnada por el Fiscal requirente.

D. Que para que se requiera prisión preventiva por primera vez es necesario que el imputado esté detenido por la Policía mediando flagrancia o por orden detención preliminar del Juez. Además, la audiencia de prisión preventiva se debe celebrar con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y de su defensor. Si bien el artículo doscientos setenta y uno apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal establece que cuando el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el de oficio, debe entenderse que tiene que encontrarse detenido y en esa condición negarse a concurrir a la audiencia. Distinta es la situación -insiste el Tribunal de Apelación- cuando ya existe formalización de la investigación preparatoria y al imputado se le ha impuesto medida de comparecencia, en cuyo caso se podrá solicitar la diligencia de variación de dicha medida por la de prisión preventiva. Además -entiende el Tribunal Superior-, si se rechazó la medida de detención preliminar o no se solicitó medida alguna contra un imputado ya no se puede requerir mandato de prisión preventiva al no tener la condición de detenido, sólo puede instarse la medida de comparecencia restrictiva o impedimento de salida del país.

TERCERO. La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida; y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, variarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris*. Por lo demás, la denominada "casación formal o por quebrantamiento de forma" está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes.

Por consiguiente, para el análisis del recurso se tiene lo siguiente:

A. Que el Fiscal Provincial había iniciado diligencias preliminares a raíz de un secuestro y ulterior abuso sexual violento que sufrió la menor R.K.R.O., de dieciséis años de edad, en la que comprendió tanto a Jimmy Edinho Cavero Ramírez, sindicado como el secuestrador y agresor sexual, cuanto a Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, por proporcionar a sabiendas versiones falsas para confundir a la justicia acerca del paradero del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez.

B. Que, en sede de diligencias preliminares, el Fiscal solicitó la medida de detención preliminar contra los tres imputados, pero el Juez de la Investigación Preparatoria sólo aceptó dictarla contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, orden que finalmente no se efectivizó, al punto que el citado encausado pudo huir hacia la Argentina.

C. Que, posteriormente, el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra los tres inculpados, luego requirió mandato de prisión preventiva -objeto de recurso de casación- y, finalmente, formuló acusación contra los tres.

D. Que a la audiencia de prisión preventiva, en primera instancia, no asistieron los encausados -imposible de parte del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez por haber huido a la Argentina-

pero sí sus abogados de confianza. En la audiencia de apelación asistieron las encausadas por delito de falsedad en juicio, el abogado defensor de oficio del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez y la abogado de confianza de las otras dos inculpadas. En ambas audiencias el debate se circunscribió a la posibilidad legal de solicitar la prisión preventiva y al debido u oportuno emplazamiento de las dos encausadas.

CUARTO: La medida de coerción personal de prisión preventiva está regulada en el Título III de la Sección III del Libro Segundo del Nuevo Código Procesal Penal. Concretamente, los presupuestos materiales y formales, que determinan su imposición, a la vez que el trámite para dictarla, están previstos en el Capítulo I del referito Título, que consta de cuatro artículos: del doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno.

No constituye presupuesto material de dicha medida personal, como claramente fluye del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades. La Ley sólo exige implícitamente, por la propia naturaleza de una medida de coerción procesal de intensa limitación de derechos fundamentales, de presupuestos materiales más rigurosos, y de efectos temporales más intensos, como es la prisión preventiva, que sólo pueden tener lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, vale decir, que se haya dictado la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a que hace referencia el artículo trescientos treinta y seis del Nuevo Código Procesal Penal [sólo por esa circunstancia es lógico que el artículo doscientos sesenta y cuatro, apartado uno, del Nuevo Código Procesal Penal, insista que luego de la detención policial de oficio o preliminar judicial el pedido de prisión preventiva está condicionada a la *"...continuación* de *las* investigaciones...", esto es, como no puede ser de otra forma, a la mencionada Disposición Fiscal]; y, además, para que el Fiscal pueda obtener una decisión favorable del Juez de la Investigación Preparatoria, se debe probar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el apartado uno, y en su caso el dos, del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal

Penal. No existe, ni puede configurarse pretoriana o judicialmente, presupuesto adicional, al que dicha norma prevé.

Por consiguiente, el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial, conforme a los artículos doscientos cincuenta y nueve, doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido -sea que se hubiera fugado antes de ser capturado en flagrancia por la policía o que ésta, pese al mandato judicial de detención preliminar, no haya podido capturarlo- o sin medida coercitiva personal alguna porque el Fiscal no la solicitó ante el Juez de la Investigación Preparatoria, sea por la razón que fuere.

QUINTO: El Tribunal de Alzada, como fluye del auto recurrido, traza una vinculación estricta entre detención y prisión preventiva, y a partir de ese entendimiento estima que es imprescindible a la prisión preventiva -y condición para su imposición- la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquélla y menos concederla.

Ese entendimiento no es correcto. La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima -caracterizada por su brevedad y su limitación temporal- de naturaleza estrictamente cautelar -evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia- y 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 y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses-, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia, o, según 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, un medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva.

La prisión preventiva, como fluye de las normas antes citadas, 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 un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un período 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 de motivación-.

Siendo así, tal y como está prevista la detención en el Título II de la Sección III "Las medidas de coerción procesal", responde tanto a la necesidad imperiosa de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, como a la urgencia de garantizar la presencia judicial del imputado -evitando su fuga- y de realizar con el concurso de aquél actos de investigación y de aseguramiento inaplazables -carácter adicional de erigirse en un acto de investigación indirecto-. En consecuencia, esta medida cautelar personal y provisionalísima será o no necesaria según las características y entidad del caso concreto, y su pedido judicial -detención preliminar y, de ser el caso, ulterior convalidación extensiva, a que hace referencia el artículo doscientos sesenta y seis del Nuevo Código Procesal Penal- corresponderá exclusivamente a la estrategia y planteamiento de la investigación que autónomamente, y bajo su responsabilidad, decida el Fiscal Provincial.

SEXTO: Es cierto, desde luego, que una vez que se detenga policialmente a una persona -ver artículos doscientos cincuenta y nueve y doscientos sesenta apartados dos del Nuevo Código Procesal Penal- o cuando el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal, dicte y se ejecute una medida de detención preliminar -ver artículo doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal-, el régimen legal o situación jurídica del imputado y de las diligencias preliminares -dada

la limitación del derecho fundamental a la libertad personal- están severamente circunscriptas y sometidas a reglas de procedimiento específicas, a tenor de los artículos doscientos sesenta y cuatro y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal -que incluso puede dar lugar a un pedido de convalidación de la detención, a su extensión temporal, conforme al artículo doscientos sesenta y seis-. Sin embargo, ello no da pie a inferir que siempre es del caso pedir detención preliminar en aras, luego, de instar la prisión preventiva; y, menos, que si se intenta esa medida provisionalísima y el Juez no la acepta, está vedado requerir la medida de prisión preventiva en una oportunidad posterior de incorporarse -claro está- más elementos de investigación o de prueba en orden a los presupuestos que la condicionan -artículo doscientos cincuenta y cinco apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal-. Como se ha indicado, el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que regula los presupuestos materiales para dictar dicha medida provisional personal, no lo impone, ni por su propia lógica institucional podía hacerlo.

SÉPTIMO: La audiencia de prisión preventiva, regulada por los apartados uno y dos del artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, prevé varias exigencias para que pueda emitirse válidamente un mandato de prisión preventiva o, alternativamente, una medida de comparecencia restrictiva o simple -ver apartado cuatro-. Son: a) requerimiento o solicitud del Ministerio Público; b) realización de la audiencia de prisión preventiva dentro del plazo legal de las cuarenta y ocho horas siguientes a su requerimiento; y, c) concurrencia a la audiencia del Fiscal requirente, del imputado y de su defensor -si no asiste el defensor de confianza o el imputado no lo tiene se le reemplaza en el acto o interviene el defensor de oficio-.

Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: "...Si el imputado se *niega por* cualquier motivo a estar presente en la *audiencia,* será representado por su abogado o el defensor de *oficio,* según sea *el* caso". No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal -si lo hubiere señalado-, o su conducción

al Juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional -en cuanto acceso al proceso- y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido -lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo- o porque, sencillamente, no quiere hacerlo -en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal-, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio.

Lo expuesto permite entender en su justo alcance (i) la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva -puede estar o no detenido-, (ii) los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva -el juicio de admisibilidad está condicionado a la existencia de un imputado en estricto sentido, que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria-, y (iii) las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia -citación debida, presencia obligatoria del Fiscal y del abogado defensor, y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razones derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia, contumacia, fuga o no presencia pese a su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de inconcurrencia ante la citación judicial-.

OCTAVO: En virtud a lo precedentemente expuesto, es de concluir que el Tribunal de Alzada, al igual que el Juez de la Investigación Preparatoria, inobservaron las exigencias establecidas por el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal y tergiversaron los alcances de los artículos doscientos sesenta y uno y doscientos sesenta y cuatro del mismo Código en relación con la norma anteriormente citada [el Tribunal de Apelación, incluso, asumió la existencia de un presupuesto formal del pedido de prisión preventiva: el previo mandato ejecutado de detención preliminar, sin base legal que lo ampare]. Sobre esa consideración, el Juez de la Investigación Preparatoria limitó indebidamente el ámbito de la audiencia de prisión preventiva y no decidió

sobre el fondo del asunto, sin dar pie además, pese a ser el objeto central de la misma, a un debate oral sobre el mérito del requerimiento fiscal. Por ello, y como hace falta realizar en forma la audiencia de prisión preventiva con las citaciones correspondientes, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación por inobservancia de norma procesal -artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista que revocando el auto de primera instancia declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. En consecuencia: NULO el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete, e INSUBSISTENTE el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis.

II. ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria realice la audiencia de prisión preventiva y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una resolución sobre el fondo del asunto.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.

SALAS GAMBOA / SAN MARTÍN CASTRO / PRÍNCIPE TRUJILLO / CALDERON CASTILLO / URBINA GANVINI

5.- AUTO DE CALIFICACIÓN / BIEN CONCEDIDO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 09-2007
HUAURA

-AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN-

Lima, nueve de noviembre de dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: principios de inmediación y de contradicción, y la garantía de igualdad -igualdad de armas- interpuesto por la agraviada de iniciales K.N.A.R contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absolvió a Carlos Alfredo Ochoa Ramírez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en su agravio; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido -auto de fojas ochenta y ocho, del veinte de septiembre de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer del fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslado respectivo, sin que las partes se apersonen a la instancia ni presenten, en lo pertinente la recurrente, alegatos ampliatorios -artículo cuatrocientos treinta y uno aportado uno del nuevo Código Procesal Penal-. **Segundo:** Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia absolvió al imputado de la acusación fiscal. **Tercero:** Que

se cumple el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, en tanto que el delito materia de condena -artículo ciento setenta, segunda parte, numeral uno del Código Penal- tiene señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; que, asimismo, se cumple el presupuesto subjetivo en la medida en que el fallo absolutorio causa agravio a la recurrente, quien además impugnó similar fallo de primera instancia; que, finalmente, se han cumplido los presupuestos formales que disciplinan el recurso de casación, en especial el de motivación: se ha identificado, por lo menos, los principios procedimental -inmediación- y procesal -contradicción e igualdad de armas-vulnerados, que tienen su encaje en la garantía genérica del debido proceso penal: artículo ciento treinta y nueve apartado tres de la Constitución, en tanto en cuanto persiguen la regularidad del procedimiento, su equidad y justicia. **Cuarto:** Que, para definir la presencia de un interés casacional fundado, es de rigor analizar los motivos del recurso de casación de la actora civil; que ésta introduce un motivo de casación: inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, en rigor, del debido proceso penal: que este motivo radica -según sus argumentos- en que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del artículo cuatrocientos veintidós apartado cinco del nuevo Código Procesal Penal, de suerte que, de un lado, la valoración probatoria no comprendió la actuación de una prueba pertinente y, por ende, tampoco examinó una prueba personal con arreglo o los principios de inmediación y contradicción; en consecuencia, se habrían infringido tanto el debido proceso -afectación del principio de inmediación- cuanto la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente; que la infracción a las garantías invocadas se extiende, bajo el supuesto de atentado al principio de igualdad de, armas, a la sentencia de primera instancia porque, sin aplicarse lo dispuesto en el artículo ciento setenta y uno apartados dos, tres y cinco, del nuevo Código Procesal Penal, se soslayó la prueba que ofreció para su actuación en el juicio. **Quinto:** Que aún cuando expresamente no se invocó la directa vulneración de un precepto constitucional y se omitió resaltar otro, la voluntad impugnativa de la recurrente es evidente, de suerte que al mencionar dos principios -procesal uno y procedimental otro-, com-

prendidos ambos en la garantía al debido proceso penal y, con carácter previo, la garantía de defensa procesal, se habilita el trámite casacional. Por estos fundamentos: I. Declararon BIEN CONCEDIDO el recurso de casación interpuesto por la agraviada de iniciales K.N.A.R. contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, por la causal de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal: artículo ciento treinta y nueve apartado tres y catorce de la Constitución. DISPUSIERON que la causa permanezca en Secretaría a disposición de las partes por el plazo de diez días. Hágase saber.-

SS.
SALAS GAMBOA / SAN MARTÍN CASTRO / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / URBINA GANVINI

6.- SENTENCIA DE CASACIÓN / FUNDADO - INFUNDADO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 09-2007
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de febrero de dos mil ocho.-

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal interpuesto por la agraviada de iniciales K.N.A.R contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de das mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fajas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absolvió a Carlos Alfredo Ochoa Rojas y no Ramírez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en su agravio;

interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Róger Herminio Salas Gamboa.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia

Primero: Que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas fue inculpado formalmente mediante auto apertorio de instrucción de fojas cuarenta y seis, del quince de marzo de dos mil seis, a mérito de la denuncia formalizada del señor Fiscal Provincial Penal de Huaral de fojas cuarenta y tres. Se le atribuyó la comisión del delito de violación sexual en agravio de la menor K.N.A.R. y de violación sexual en grado de tentativa en agravio de la menor A.S.R.R. Los hechos objeto de imputación ocurrieron el veintisiete de febrero de dos mil seis en el domicilio de doña Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez -suegra del acusado-, ubicado en la calle derecha número quinientos cuarenta, interior nueve en la localidad de Huaral, en circunstancias que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas tras aprovechar la confianza que le tenían ingresó a la vivienda con la llave que momentos antes le proporcionó Cecilia Payco Facundo, pero dejó la puerta de la calle semiabierta lo que facilitó el ingreso de un sujeto no identificado con el rostro semicubierto por un trapo verde quien portaba un cuchillo, el mismo que obligó al imputado Carlos Alfredo Ochoa Rojas a tirarse al piso, a la vez que se dirigió contra la mencionada Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez y Cecilia Payco Facundo a quiénes bajo amenaza las condujo al segundo piso donde se encontraba su sobrina por línea materna de iniciales K.N.A.R. de diecisiete años de edad, para luego de encerrarlas en el baño, el encausado Ochoa Rojas -que tenía el rostro cubierto-habría conducido a la menor K.N.A.R. a una habitación en el tercer piso; momentos en que la menor A.S.R.R. y su hermana Katherin Nataly Ramos Ramírez tocaron la puerta de la casa, para después ser jaladas hacia el interior de la vivienda por el citado imputado, quién procedió a introducir a la segunda en el baño donde se encontraban Mary Narvarte y Cecilia Payco; llevándose consigo a la menor de iniciales A.S.R.R. a otra habitación en el tercer piso, seguidamente abusó sexualmente de su sobrina K.N.A.R.,

y pretendió hacer lo mismo con su otra sobrina de iniciales A.S.R.R. a quien previamente le ató las manos y tapó su cabeza con una sábana, si no le decía donde se encontraba el dinero que supuestamente había recibido Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez.

Segundo: Que el proceso se inició con arreglo al estatuto procesal anterior. Sin embargo, el Segundo Juzgado Penal Transitorio de Huaral por auto de fojas doscientos veintiuno adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y remitió los autos a lo Fiscalía Provincial, que vencido el plazo de investigación, conforme es de verse a fojas doscientos veintidós, el Fiscal Provincial de Huaral formuló acusación - véase fojas uno del cuaderno de etapa intermedia-.

Tercero: Que, presente el imputado -a quien se le otorgó libertad por exceso de detención- y realizado el juicio oral, el Segundo juzgado Penal Colegiado de Huaura, mediante sentencia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debates, del dieciséis de mayo de dos mil siete -cuaderno de debate- absolvió al imputado de los ilícitos contra la libertad - violación sexual, en agravio de la menor K.N.R.A y en grado de tentativa en agravio de A.S.R.R., sosteniendo que los delitos estaban acreditados pero no la responsabilidad del imputado, archivando provisionalmente los actuados.

Tanto la Actora Civil y el Fiscal Provincial y la Actora Civil interpusieron recurso de apelación - formalizado a fojas doscientos treinta y siete y doscientos cuarenta y dos, respectivamente-. Los recursos fueron concedidos por autos de fojas doscientos cuarenta y cuatro, de veintidós de mayo de dos mil siete.

II. Del Trámite recursal en segunda instancia.

Ofrecimiento de pruebas de la parte civil

Cuarto: Que en segunda instancia la Actora Civil ofreció entre otros la declaración de la menor K.N.A.R. -conforme a Los escritos de fojas cuarenta y siete y sesenta del cuaderno de apelación-, y expresó que en primera instancia ofreció y se admitió dicha prueba, sin embargo, la citada menor estuvo imposibilitada de concurrir por presentar

un cuadro depresivo, hecho que según refiere no se dejó constancia en el acta; que la inconcurrencia no fue un acto voluntario ni imputable a ella, por lo que la Sala en atención al principio de inmediación debe tener acceso directo a la información que la agraviada proporcionará respecto al reconocimiento de su agresor.

Del rechazo de la prueba de la actora civil y citación a juicio oral

Quinto: Que mediante resolución de fojas sesenta y uno, del veinte de junio de dos mil siete la Sala desestimó dicho medio de prueba, por las siguientes consideraciones:

a) Que en el juicio oral de primera instancia la declaración de la agraviada K.N.A.R. fue oralizada por su inasistencia, debido a que, según el escrito que presentó, se encontraba con un grave cuadro depresivo y crisis de migraña, el mismo que no justificó, pues debió presentar el certificado médico u otro documento que lo acredite.

b) Que no es posible admitir dicho medio de prueba por no encontrarse en ninguno de los presupuestos del artículo trescientos cuarenta y dos, numeral dos, apartado a) del Nuevo Código Procesal Penal.

c) Que si el juez de juzgamiento de primera instancia no pudo valorar la prueba personal por no haberse ofrecido para su actuación por las partes procesales, o por prescindir o desistirse tácita o expresamente de las mismas, entonces no se puede pretender que en el juicio oral de segunda instancia se actúe dicha prueba, proceder así, significaría recortar el derecho de defensa del imputado quien ya no podría recurrir a otra instancia para actuar la prueba personal.

d) Citó a juicio oral para el día diecisiete de julio de dos mil siete.

Sexto: Que la audiencia se realizó, conforme a las actas de fojas sesenta y siete y setenta, del diecisiete y treinta y uno de julio de dos mil siete, respectivamente, con intervención, en la primera sesión, del Fiscal Superior, del imputado y su abogada defensora, y del abogado de la actora civil, y en la segunda sesión sólo con la presencia del Fiscal Superior y abogada del imputado.

Sentencia de vista

Sétimo: Que la sentencia de vista impugnada en casación, de fojas setenta y uno, del treinta y uno de julio de dos mil siete precisa lo siguiente:

a) Que en el juicio de apelación de hecho, no se actuó medio probatorio, debido a que el órgano persecutor del delito no ofreció ninguno, y el actor civil, si bien ofreció algunos testimonios, sin embargo lo realizó de modo deficiente.

b) Que, si las partes no ofrecieron medio probatorio o lo hicieron deficientemente, ese hecho es de su exclusiva responsabilidad, pues no se puede pretender la condena de una persono sin que exista actividad probatoria idónea producida en presencia de los Jueces, del acusado, de las partes procesales y el público en general, que permita enervar la presunción de inocencia.

c) Que el artículo cuatrocientos veinticinco, segundo parágrafo, del Procesal Penal establece que *"la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la* prueba personal que fue objeto *de inme*diacción por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia". Que en cumplimiento de la citada norma la prueba personal actuada en el juicio oral de primera instancia mantiene el valor probatorio que los Jueces le otorgaron y que sirvió para absolver al acusado, al no existir ninguna prueba que haya sido actuada en segunda instancia para cuestionar el valor probatorio de la prueba personal actuada y producido ante los Jueces de Primera Instancia.

III. Del trámite del recurso de casación de la actora civil

Octavo: Que la Actora Civil K.N.A.R interpuso recurso de casación mediante escrito de fajas ochenta y cuatro. Que el motivo casacional comprendió "la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal como la grave afectación al principio de inmediación y la igualdad entre las partes". Concedido el recurso por auto de fojas

ochenta y ocho, del veinte de agosto de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha veintisiete de agosto de dos mil siete.

Noveno: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas trece del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, invocando la voluntad impugnativa admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal.

Décimo: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del Señor Fiscal Supremo Adjunto y de la defensa del imputado y de la agraviada, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Décimo primero: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realizó en la fecha a las ocho y treinta horas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ámbito de la casación

Primero: Que conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas trece, del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, el motivo de casación admitido es el de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso (por infracción del principio de inmediación) y defensa procesal (por vulneración del derecho a la prueba pertinente).

Sobre el particular la actora civil K.N.A.R. en su recurso formalizado de fojas ochenta y cuatro alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue

ofrecido como prueba, con infracción del *artículo cuatrocientos veintidós* apartado cinco del *nuevo* Código *Procesal Penal,* que la valoración probatoria no comprendió la actuación de una prueba pertinente y, por ende, tampoco examinó una prueba personal con arreglo a los principios de inmediación y contradicción.

Solicita que el efecto casatorio se extienda a la sentencia de primera instancia -del diecisiete de mayo de dos mil siete-, porque sin aplicarse lo dispuesto en el artículo ciento setenta y uno apartados dos, tres y cinco del Nuevo Código Procesal Penal soslayó la prueba que ofreció para su declaración en juicio.

Segundo: Que el terna específico está centrado en establecer si existió o no vulneración del derecho a la prueba pertinente y con ello afectación del principio de inmediación.

En primer lugar debemos conceptuar las garantías específicas afectadas.

Derecho a la prueba pertinente

Que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, b) sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y c) que la prueba sea relevante.

Principio de inmediación

Que el nuevo Código Procesal Penal, establece que el juicio es la etapa principal del proceso, rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, *inmediación* y la contradicción en la actuación probatoria. La inmediación garantiza que el juez en cargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser con-

traexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí, que debe protegerse la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba.

Tercero: Que en el caso concreto, el ofrecimiento de la declaración de la menor K.N.A.R. -en segunda instancia- está regulado por el artículo cuatrocientos veintidós apartado c) del Nuevo Código Procesal Penal, ofrecida en tiempo oportuno, con el objeto de que bajo las exigencias de inmediación y contradicción la agraviada K.N.A.R. sea examinada por los jueces a cargo del control y revisión de la sentencia apelada, declaración relevante -por razón del delito- y necesaria para los fines del esclarecimiento de la imputación formulada; situación que no s atentatoria contra el derecho de defensa del imputado, por tener expedito el derecho del contrainterrogatorio. Que al desestimarse la declaración de la agraviada K.N.A.R., no se tuvo en cuenta que la actora civil en sus alegatos preliminares, conforme al acta del juicio oral de primera instancia de fojas doscientos ocho, informó que el motivo de la inasistencia de la víctima se produjo por su estado de salud mental, aludiendo el informe psicológico número sesenta-DPS-HNCH-cero siete ofrecido y admitido como prueba que señalaba que la agraviada presentada "Depresión mayor con ideación suicida actual...", y el Colegiado de primera instancia no adoptó ninguna medida para asegurar su concurrencia a juicio conforme lo dispone el artículo ciento sesenta y cuatro del nuevo Código Procesal Penal, tampoco consideró su testimonio corno uno especial, conforme al artículo ciento setenta y uno, a pesar de la justificación de inconcurrencia.

Cuarto: Que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada K.N.A.R., vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada -y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes-, por tanto, la oralización o lectura de la declaración de la agraviada K.N.A.R. no ofrecía garantías mínimas de

calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud de su testimonio.

Ahora bien, el imputado no podría ser afectado en su derecho de defensa, puesto que luego del examen de la agraviada K.N.A.R., tenía el derecho del contraexamen o contrainterrogatorio, incluso de un careo, asegurada de este modo la igualdad de actuación entre las partes.

Quinto: Que en tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia vulneró la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a fa prueba pertinente.

Sobre la base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la Integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación sólo tare consigo un juicio rescindente –artículo cuatrocientos treinta y tres incisos uno y dos del nuevo Código Procesal Penal.

Sexto: Que, finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar a la actora civil, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del imputado no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO en parte el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso: afectación del principio de inmediación y defensa procesal: derecho a la prueba, artículo ciento treinta y nueve apartado tres y ca-

torce de la Constitución, interpuesto por la actora civil K.N.A.R. contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absuelve a Carlos Alfredo Ochoa Rojas, de la acusación fiscal formulada por delito de violación sexual en su agravio. En consecuencia: NULA la citada sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación del treinta y uno de julio de dos mil siete, y NULA la resolución de fojas sesenta y uno del cuaderno de apelación, del veinte de junio de dos mil siete, sin costas.

II. Declararon INFUNDADO en cuanto se solicita que la vulneración de las garantías constitucionales se extienda a la sentencia de primera sentencia.

III. ORDENARON que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación y cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a los no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
SALAS GAMBOA / PONCE DE MIER / URBINA GANVINI / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATHEUS

7.- SENTENCIA DE CASACIÓN / FUNDADO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 02-2008
LA LIBERTAD

AUTO DE CASACIÓN

Lima, tres de junio de dos mil ocho.

AUTOS y VISTOS: interviniendo coma ponente el señor Zecenarro Mateus; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso y el principio de legalidad interpuesto por el señor Fiscal Superior de Apelaciones de La Libertad, contra el auto de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, que revocando el auto apelado de fojas ocho, del siete de noviembre de dos mil siete; declaró fundado el control de plazo y ordenó la conclusión de la Investigación Preparatoria; y dispuso que los autos se devuelvan al Juez de Investigación Preparatoria o fin que continúe con el plazo de ley; en el proceso seguido contra Joe Luis Montero Saldaña y otro, por el delito de hurto agravado, en agravio de Segundo Ernesto Guarniz Supo: y

CONSIDERANDO:

Primero: Que, esta Sala Suprema, mediante Ejecutoria de fecha quince de febrero de dos mil ocho, declaró Bien Concedido el recurso de casación en virtud de lo establecido por el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; disponiendo que la causa permanezca a disposición de las partes por el plazo de ley, a cuyo vencimiento se fije fecha para la audiencia correspondiente.

Segundo: Que, previamente conviene precisar el itinerario o secuencia procesal que se observa en el presente caso: a) conforme se aprecio de folios uno, el señor Abogado defensor del inculpado Joe Luis Montero Saldaña, en virtud del inciso segundo del artículo trescientos

cuarenta y tres del Código Procesal Penal, solicitó al Juzgado que se de por concluida la investigación preparatoria, al considerar que ha excedido en el límite que permite la citada norma y se programo audiencia de control de plazos; b) la audiencia indicada se realizó con la concurrencia de la Fiscal Provincial y del Abogado defensor; que escuchada la exposición respectiva el Juez mediante resolución de fojas ocho, del siete de noviembre de dos mil siete, declaró infundado dicha solicitud: c) el Abogado defensor interpuso recurso de apelación, conforme aparece de fojas diez: d) la audiencia de apelación de auto que declara infundada la solicitud de control de plazos, se efectuó con la asistencia del Fiscal Superior y del Abogado defensor; la Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, revocó el apelado y declaró fundado el control de plazo, ordenó la conclusión de la investigación preparatoria y dispuso devolver el incidente al Juez Penal de Investigación Preparatoria para que continúe con el plazo de ley.

Tercero: Que, contra la aludida resolución, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación al considerar que, aún no se cumplió con el plazo de Investigación Preparatoria, por cuanto, desde la fecha de notificación de la disposición de formalización y continuación de la investigación al Juez de Investigación Preparatoria, conforme establece el inciso segundo del artículo ciento cuarenta y tres del Código Procesal Penal, esto es el dieciocho de septiembre de dos mil siete, a la fecha de la solicitud de control de plazo que se concretó el treinta de octubre de dos mil siete, sólo han transcurrido cuarenta y tres días.

Cuarto: Que, de otro lado, la Sala Penal de Apelaciones, fundó su resolución sosteniendo que en el nuevo Código Procesal Penal existe sólo una fase de investigación, que es la Investigación Preparatoria, a cargo del Ministerio Público, conforme se establece en el inciso segundo del artículo trescientos treinta y siete del acotado, en el que se señala, que las diligencias preliminares practicadas durante la investigación preliminar forman parte de la investigación Preparatoria, por existir "unidad de prueba, unidad de investigación y unidad de investigador".-

Quinto: Que, en el caso de autos, se declaró bien concedido el recurso de casación de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código Procesal, al determinar que excepcionalmente se puede declarar la procedencia del recurso de casación fuera de las resoluciones enumeradas en los incisos señalados del citado artículo, ello cuando discrecionalmente se considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en este caso, respecto del control de plazo de la Investigación Preparatoria.

Sexta: Que, el tema fundamental de caso planteado, es el plazo. Al respecto, en doctrina se hacen alusión a tres clases de plazos: a) el plazo legal (establecido por la ley); b) el plazo convencional (establecido por mutuo acuerdo de las partes); c) el plazo judicial (señalado por el Juez en uso de sus facultades discrecionales). De otro lado, en rigor técnico, conforme se destaca en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, Tomo VI, página doscientos setenta y uno, la doctrina y la legislación, se sirven como sinónimos, soslayando sutilezas técnicas, de los vocablos plazo y término; sin embargo, discrepan en esencia, por cuanto el plazo es comprensivo de todo lapso para actuar, en tanto que término integra tan solo su vencimiento o final; en ese contexto, en el presente caso, se trata de analizar el plazo de carácter legal, vale decir, el que es señalado por la ley durante el desenvolvimiento del proceso; dentro del marco de referencia del sistema de orientación acusatorio adversarial que regula el Código Procesal Penal, en aplicación gradual en el Perú.-

Sétimo: Que, en ese sentido, es preciso señalar lo siguiente: a) que el inciso segundo del artículo trescientos treinta y siete del Código Procesal Penal, establece que las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria, y ésta a su vez tiene un plazo de ciento veinte días naturales, prorrogables por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales, conforme a lo estatuído por el inciso uno del numeral trescientos cuarenta y dos del mismo cuerpo de leyes, ello debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto por el inciso segundo del numeral trescientos treinta y cuatro, que prescribe, que el plazo de las diligencias preliminares, es de veinte días y que no obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad

y circunstancias de los hechos objeto de investigación; b) en ese orden de ideas, la etapa de la Investigación Preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y fa segunda que , corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha. 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.

Octavo: Que, el artículo trescientos treinta y seis del aludido Código, en la parte final del inciso uno, regula la formalización y la continuación de la investigación Preparatoria, la que deberá comunicarse al Juez de la Investigación Preparatoria a tenor de lo dispuesto en el inciso tres del mismo numeral, en concordancia con el artículo tres del Código Procesal Penal; interpretándose de todo ello que, el plazo establecido en el numeral trescientos cuarenta y dos, debe computarse a partir de su comunicación en virtud a lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres; señalándose, además, a partir de una interpretación sistemática, que, esa es la razón por la cual en cada una de esas fases, diligencias preliminares e Investigación Preparatoria, el Código Procesal Penal prevé la posibilidad de que los justiciables y fundamentalmente el imputado puedan promover mecanismos de control del plazo de investigación, que se regulan de manera diferenciada tanto para la fase de las diligencias preliminares como para lo investigación preparatoria propiamente dicha, conforme se desprende de los artículos trescientos treinta y cuatro inciso segundo y, trescientos cuarenta y tres inciso segundo del referido texto normativo.-

Noveno: Que, la formalización de la investigación preparatoria tiene como una de sus finalidades trascendentes la legitimación de los sujetos procesales, de manera que es recién a partir de dicho acto procesal que los mismos pueden constituirse y ser reconocidos como tales en el proceso para el efectivo ejercicio de sus pretensiones, debiendo tenerse en cuenta, además, que según dispone el artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal, fa investigación preparatoria tiene como finalidad reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo.

Décimo: Que, en el caso específico, de los argumentos del recurso de apelación de fojas diez, interpuesto por el Abogado defensor del inculpado, se advierte que el Fiscal Provincial formalizó la investigación preparatoria con fecha once de septiembre de dos mil siete; en consecuencia, computando hasta la fecha de presentación de solicitud de control de plazo de fojas uno, esto es, el treinta de octubre de dos mil siete, aún no había transcurrido el plazo establecido en el artículo trescientos cuarenta y dos.

Décimo Primero: Que concluyendo, los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.

Décimo Segundo: Que, finalmente es necesario precisar que si bien los lazos 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 autorizo 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.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon: FUNDADO en parte el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de Lo Libertad, contra el auto de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, que revoca el auto apelado del siete de noviembre de dos mil siete, y reformándolo: declara Fundado el control de plazo y ordena que se devuelvan los autos al Juez Penal de la Investigación preparatoria para que continúe con el plazo de ley; en consecuencia: ESTABLECIERON: de conformidad con lo previsto en Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligéncias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hallan comprendidos, en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicho; conforme a los argumentos que se señalan en fa parte considerativa de la presente resolución.

II. DISPUSIERON que la presente resolución casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S
SIVINA HURTADO / PONCE DE MIER / URBINA GANVINI / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATEUS

8.- AUTO DE CALIFICACIÓN / INADMISIBLE - BIEN CONCEDIDO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 10-2007
LA LIBERTAD

-AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN-

Lima, veinticuatro de octubre de dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por inobservancias de garantías constitucionales de carácter procesal: presunción de inocencia, debido proceso e *in dubio pro reo*, y por inobservancia de normas legales de carácter procesal interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y cinco, del cuaderno respectivo, del veintiuno de junio de dos mil siete, lo condenó como autor del delito de robo agravado en perjuicio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil: y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido -auto de fojas ciento diez del veintisiete de agosto de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer del fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos, pero no se han acompañado a la instancia el recurrente ni el actor civil, tampoco han acompañado sus alegatos escritos. **Segundo:** Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista, que confirmando la sentencia de primera instancia, condenó al recurrente como autor del delito de robo agravado, en consecuencia, en atención

al delito objeto del proceso penal, como supera el mínimo de seis años de privación de libertad, se cumple el presupuesto objetivo previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete, apartados uno y dos, del Nuevo Código Procesal Penal; que, asimismo, el imputado recurrió igualmente contra la sentencia de primera instancia que lo condenó y, ahora, frente a su confirmatoria insiste en recurrirla, esta vez en casación, lo que cumple con el presupuesto subjetivo estatuido en el artículo cuatrocientos veintiocho, apartado uno, literal d), del Nuevo Código Procesal Penal; que el recurso cumple, igualmente, los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación. **Tercero:** Que el recurrente basa su impugnación extraordinaria en dos motivos, la denominada "casación constitucional", centrada en la presunta vulneración de tres preceptos constitucionales; y, la denominada "casación procesal o por quebrantamiento de forma", ambas debidamente reconocidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y dos, del Nuevo Código Procesal Penal. **Cuarto:** Que, respecto del primer motivo, denuncia que el fallo de vista, al apreciar la prueba, no cumplió con el requisito de suficiencia probatoria -artículo segundo, apartado uno, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal--; que, asimismo, denuncia la vulneración de la regla de la legitimidad de la prueba testimonial y la identifica como un elemento que integra la garantía del debido proceso empero, según se reconoce en el artículo segundo, apartado uno, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, la actuación de la prueba con las debidas garantías es un elemento que integra la garantía de presunción de inocencia, por lo que en atención al principio de la "voluntad *impugnativa*" debe reconducirse el motivo a la vulneración de dicha garantía constitucional -artículo dos, inciso veinticuatro, literal e), de la Constitución, desarrollada por el citado artículo dos, apartado uno, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal-; que, por último, denuncia la inobservancia del *in dubio pro reo*, que lo deriva del artículo ciento treinta y nueve apartado once de la Constitución, sin embargo, dicha norma sólo comprende las dudas en la interpretación de la ley no cuando se trata de la valoración de la prueba, la que constituye una regla de juicio que integra la tantas veces citada garantía de presunción de inocencia, y como tal ha sido reconocida por el artículo dos, apartado uno in fine, del Título Preliminar del

Nuevo Código Procesal Penal; que, ahora bien, la vulneración de ese último precepto de relevancia constitucional sólo tiene interés casacional cuando el juzgador expresamente lo desconoce al afirmar o reconocer, expresa o tácitamente, un estado de incertidumbre probatoria y, pese a ello, opta por la condena, que no es el caso de autos; que no comprende esa garantía aquellos supuestos en que el recurrente, desde su particular valoración probatoria estime que existe un supuesto de duda razonable acerca de la culpabilidad que se le atribuye, en tanto que elfo importaría una invocación de un error facti o error en la apreciación de la prueba, prohibido en sede casacional, destinada exclusivamente al *error iuris;* que, en consecuencia, bajo la vulneración de la garantía de presunción de inocencia en relación a las reglas de suficiencia probatoria y de legalidad y legitimidad probatoria, corresponde declarar bien concedido el recurso de casación, corrigiendo en el segundo caso la invocación a la garantía de la inobservancia de la regla del *in dubio pro reo*. **Quinto:** Que, en lo concerniente al segundo motivo: inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad, como reza el apartado dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, el recurrente denuncia que la sentencia inobservó el artículo trescientos setenta y tres, apartado uno y dos, del Nuevo Código Procesal Penal porque apreció una prueba irregularmente incorporada -se trata de la reiteración de la incorporación de la prueba que denuncia como irregularmente admitida que la configuró como vulneración de la garantía del debido proceso-; que, sin embargo, la norma invocada se refiere a la admisión de pruebas en segunda instancia, que no es el caso de autos puesto que en el juicio de apelación no se ofreció, admitió y actuó nueva prueba; además, el recurrente no ha explicado en qué consiste la nulidad procesal y cuál es la norma procesal inobservada, defecto grave de motivación del recurso que impide su apreciación casacional conforme al apartado uno del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal. **Sexto:** Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que obró con temeridad o mala fe, por lo que es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del Nuevo Código Procesal Penal. Por estos fundamentos: I. Declararon INADMISIBLE el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la

nulidad -apartado dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Proceso Penal-; y, por inobservancia del precepto constitucional del artículo ciento treinta y nueve apartado once de la Constitución. II. Declararon BIEN CONCEDIDO el recurso de casación interpuesto por VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. III. DISPUSIERON que la causa permanezca en Secretaría a disposición de las partes por el plazo de diez días; y vencido el mismo, se dé cuenta para fijar fecha para la audiencia de casación. IV. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al acusado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA respecto del motivo materia de declaración de inadmisibilidad.

Hágase saber.-

SS.
SALAS GAMBOA / SAN MARTÍN CASTRO / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / URBINA GANVINI.

9.- SENTENCIA DE CASACIÓN / INFUNDADO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 10-2007
TRUJILLO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de enero de dos mil ocho.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil sie-

te, que confirmando la sentencia de primera instancia de fajas cincuenta y cinco, del cuaderno respectivo, del veintiuno de junio de dos mil siete, lo condenó como autor del delito de robo agravado en perjuicio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil. Interviene como ponente el señor Urbina Ganvini.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia

Primero: El encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA fue procesado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal [así consta de la disposición de fojas dos, del dieciséis de abril de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra]. Mediante requerimiento de fojas once del dos de mayo de año próximo pasado la Fiscalía Provincial solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria la procedencia del proceso inmediato, que previo trámite de traslado fue aceptado por auto de fojas treinta y dos, del quince de mayo de dos mil siete, que se entendió contra el citado encausado por delito de robo agravado en agravio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Michel Reyes Arqueros.

Seguida la causa con arreglo a su naturaleza especial, la señora Fiscal mediante requerimiento de fojas treinta y nueve, del veintiuno de mayo último, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. El auto de enjuiciamiento, corriente a fojas ocho -del cuaderno de debate-, del siete de junio de dos mil siete, fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado y a su vez citó para el veintiuno de junio la realización de la audiencia.

Segundo: Realizado el juicio de primera instancia -véase acta de fojas cuarenta y ocho-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas cincuenta y cinco, del veintiuno de junio de dos mil siete, que condenó a VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Mario Raúl y

Sexto: Cumplido el trámite de traslados a la Fiscalía Suprema como a la parte recurrida, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fajas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, declaró inadmisible el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal y por inobservancia del precepto constitucional previsto en el inciso once del artículo ciento treintinueve de la Constitución; y, bien concedido el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba.

Sétimo: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de diciembre último, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta *que* antecede, con intervención del abogado de oficio, así como del Señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Octavo: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes *que* asistanse realizará por la Secretaria de la Sala el día veintinueve de enero a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, los motivos del recurso de casación se centran en la inobservancia del precepto constitucional que contiene la garantía de presunción de inocencia, concretados en las reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Esas reglas, junto con otras, han sido expresamente consagradas como integrantes de la presunción de inocencia en el artículo II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de los agraviados.

El imputado interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia por escrito de fojas sesenta y cinco. La alzada fue concedida por auto de fojas setenta, del veintidós de junio último.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Tercero: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, sin ofrecimiento de pruebas por el recurrente, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas noventa y cinco, del trece de agosto de dos mil siete, cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil siete.

Cuarto: La citada sentencia de vista, por unanimidad, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Víctor Nino Urquiza Cotrina como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Mario Raúl y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de los agraviados.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Noreña Cajas

Quinto: Leída la sentencia de vista el acusado Urquiza Cotrina interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento cuatro. Introdujo dos motivos de casación; a) la denominada "casación constitucional", centrada en la presunta vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso e in dubio pro reo; y, b) la denominada "casación procesal o por quebrantamiento de forma". Ambos motivos debidamente reconocidos en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y dos, del nuevo Código Procesal Penal. Concedido el recurso por auto de fojas ciento diez, del veintisiete de agosto de dos mil siete, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha cuatro de septiembre de mil siete.

Sexto: Cumplido el trámite de traslados a la Fiscalía Suprema como a la parte recurrida, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fajas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, declaró inadmisible el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal y por inobservancia del precepto constitucional previsto en el inciso once del artículo ciento treintinueve de la Constitución; y, bien concedido el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba.

Sétimo: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de diciembre último, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta *que* antecede, con intervención del abogado de oficio, así como del Señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Octavo: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes *que* asistanse realizará por la Secretaria de la Sala el día veintinueve de enero a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, los motivos del recurso de casación se centran en la inobservancia del precepto constitucional que contiene la garantía de presunción de inocencia, concretados en las reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Esas reglas, junto con otras, han sido expresamente consagradas como integrantes de la presunción de inocencia en el artículo II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

Segundo: El agravio consiste en que -según el recurrente- la sentencia de vista, al apreciar id prueba -testimonial de Wildo Rubén Avila Navis-, no cumplió con los requisitos de suficiencia probatoria y, además, vulneró la regla de legitimidad y legalidad de la prueba testimonial. Alega al respecto que la admisión de dicha testifical fue ilegal porque se vulneró los apartados uno y dos del artículo trescientos setentitrés del nuevo Código Procesal Penal [sólo se acepta nueva prueba, instalado el juicio oral, cuando las partes han tenido conocimiento de ella con posterioridad a la audiencia de control de la acusación], en consecuencia, no tiene la calidad de prueba pertinente para desvirtuar la presunción de inocencia por su irregular incorporación y que excluida sólo se tendría la versión de agraviado, por lo que al no existir otro medio probatorio quedaría duda respecto de la responsabilidad penal que se le atribuye.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Tercero: La sentencia de vista impugnada en casación precisa que en la actuación de la prueba testimonial prestada en el plenario de Wildo Ruben Avila Navis no se ha producido ninguna violación sustancial, directa o indirectamente, a derecho fundamental alguno del imputado; que esa declaración plenaria no es prueba irregular; que la inadmisibilidad decretada por el Juzgado Penal Colegiado incidió en la copia de la manifestación que contiene la declaración del testigo y que se ha aplicado correctamente la prescripción del artículo trescientos setenta y tres, apartado dos del CPP, en el que excepcionalmente se reiteran ofrecimientos de pruebas rechazados en audiencia de control, admitiendo como nueva prueba la testimonial de Wildo Rubén Avila Navis a solicitud de la Fiscalía y que no fue objeto de cuestionamiento por las partes.

III. Del motivo casacional. Presunción de inocencia.

Cuarto: El recurrente, como se ha enfatizado, denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Afirma que el Colegiado no debió admitir la testimonial de Wildo Rubén Avila Navis y que sin ella en su caso quedaría la duda respecto a su respon-

sabilidad, por cuanto no se puede condenar a fa persona por la sola sindicación del agraviado.

Quinto: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, fluye la existencia de un auténtico vacío probatorio y, en su caso, de una ilegalidad de los actos de prueba de entidad significativa.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias y éstas son legítimas la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas -tal como la ley prevé-, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior, salvo que ésta vulnere groseramente las reglas de la ciencia o de la técnica o infrinjan las normas del pensamiento, de la lógica o de la sana crítica.

Sexto: El recurrente cuestiona !a regularidad o, mejor dicho, la licitud de la admisión a trámite y ulterior valoración de una prueba testimonial.

Es el caso que se trata de un proceso inmediato, a cuyo efecto, con arreglo al artículo cuatrocientos cuarenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal, se dictó -previa emisión del auto de procedencia de dicho proceso y acusación fiscal- el auto acumulado de enjuiciamiento y citación a juicio por el Juez Penal Colegiado.

En el escrito de acusación la señora Fiscal Provincial sólo ofreció la copia de la manifestación de Wildo Rubén Avila Navis, prestada en sede

preliminar con presencia de la Fiscal Adjunta. El Juzgado Penal Colegiado la declaró inadmisible porque su lectura en el juicio no correspondía conforme a la permisión del artículo trescientos ochenta y tres, apartado uno, literal d), del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, en la estación de ofrecimiento de nueva prueba la Fiscalía ofreció la declaración del citado Wildo Ruben Avila Navis, sin oposición de la defensa del imputado, la que además tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo -así consta del acta de fojas cuarenta y ocho-. La sentencia condenatoria, entre otras pruebas, se sustentó en ese testimonio de cargo.

El apartado uno del artículo trescientos setenta y tres del nuevo Código Procesal Penal, en el caso de nuevos medios de prueba, establece que su ofrecimiento y admisión está condicionada a que se ha tenido conocimiento de su existencia con posterioridad a la audiencia de control de la acusación, que no es el caso del ofrecimiento de la declaración de un testigo debidamente identificado que prestó declaración en sede de investigación preparatoria. Ahora bien, el apartado dos del mismo artículo estatuye que es posible ofrecer un medio de prueba inadmitido en la audiencia de control; y, si bien no existe identidad absoluta entre el ofrecimiento de una prueba personal y el ofrecimiento de una prueba documental, es evidente que en el caso de autos lo que el Fiscal perseguía era incorporar un elemento de prueba vital: la exposición de hechos por una persona determinada. La excepcionalidad en la admisión de la lectura de una declaración sumarial de un testigo se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad, por lo que en caso que estos presupuestos no se presenten es indispensable que el testigo concurra al acto oral para que exponga lo que sabe acerca de los hechos enjuiciados. En consecuencia, la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal.

La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes. En el presente caso el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitu-

cional en la medida en que se cumplieron los principios fundamentales de la actuación probatoria: contradicción, inmediación y publicidad; la testimonial no incidió en un ámbito prohibido ni está referida a una intervención ilegal de la autoridad, tampoco se trató de una prueba sorpresiva. Las garantías procesales en la actuación probatoria, que es lo esencial desde la presunción de inocencia, no se han vulnerado.

La causal de casación por vulneración de la presunción de inocencia debe desestimarse.

Séptimo: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. Si bien el recurrente ha sido declarado culpable y es del caso desestimar el presente recurso de casación han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, referidas al alcance del artículo trescientos setenta y tres del nuevo Código Procesal Penal [aportado tres del referido artículo cuatrocientos noventa y siete], por lo que cabe eximirlo del pago de las costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba, interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA.

II. EXIMIERON al recurrente del pago de las costas del recurso.

III. DISPUSIERON qué la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.
SALAS GAMBOA / PONCE DE MIER / URBINA GANVINI / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATEUS

DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS RELACIONADOS CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

DIRECTIVA PARA EL DESEMPEÑO FUNCIONAL DE LOS FISCALES EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 205º AL 210º DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN

N° 029 -2005-MP-FN
LIMA, 06 DE ENE. 2005

VISTO:

El Oficio N° 013-2005-1°FSP-MP-FN de fecha 5 de enero de 2005, cursado por la doctora Gladys Margot Echaiz Ramos, Fiscal Supremo Titular de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal y Representante del Ministerio Público ante la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, mediante el cual eleva a este Despacho la Directiva elaborada por la Comisión Interna de la Institución para el desempeño funcional de los Fiscales en la aplicación de los artículos 205° al 210° del Código Procesal Penal;

CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo dispuesto en el inciso 4) de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio de 2004, que aprueba el nuevo Código Procesal

Penal, los artículos 205° al 210° de dicho ordenamiento que norman los temas relativos al control de identidad policial, la videovigilancia y las pesquisas, debieron entrar en vigencia en todo el país a los 90 días de su publicación, plazo que fue prorrogado por el artículo Único de la Ley N° 28366 hasta el 1° de enero de 2005, por lo que actualmente las referidas disposiciones se encuentran en plena vigencia;

Que, conforme a lo prescrito en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 958, compete al Ministerio Público dictar en lo que le corresponda, las reglamentaciones previstas en el Código Procesal Penal y las directivas que con carácter general y obligatorio permitan la efectiva y adecuada aplicación del nuevo sistema procesal penal, creándose para tal efecto la Comisión encargada de coordinar las materias que deben ser objeto de reglamentación y directivas internas;

Que, mediante Acuerdo N° 452 adoptado en sesión de Junta de Fiscales Supremos de fecha 4 de noviembre de 2004, se aprobó la Directiva para el Desempeño Funcional de los Fiscales en aplicación de los Artículos 205° al 210° del Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957, elaborada por la Comisión Interna de la Institución

Que, es necesario disponer la difusión a nivel nacional de la referida Directiva, como orientación para el mejor desempeño de la función fiscal;

En ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 64° del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Remitir a los señores Fiscales Superiores Decanos a nivel nacional, la Directiva para el Desempeño Funcional de los Fiscales en aplicación de los Artículos 205° al 210° del Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957, a que se refiere los considerandos de la presente Resolución, para su debida difusión a los señores Fiscales Penales y Mixtos de sus respectivas jurisdicciones.

DIRECTIVA PARA EL DESEMPEÑO FUNCIONAL DE LOS FISCALES EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 205º AL 210º DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

(Resolución Nº 029-2005-MP-FN publicada el 08 de enero del 2005)

DIRECTIVA PARA EL DESEMPEÑO FUNCIONAL DE LOS FISCALES EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 205° AL 210° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DECRETO LEGISLATIVO N° 957

1. Objeto

Uniformizar los lineamientos de actuación Fiscal en los casos relacionados con la aplicación de los artículos 205° al 210° del Nuevo Código Procesal Penal, relativos al "Control de Identidad Policial", "Vídeo - vigilancia" y "Pesquisas" a cargo de la Policía Nacional del Perú; actuación que será objeto de control por parte de los representantes del Ministerio Público, conforme a las atribuciones establecidas en el Inciso 4) del Artículo 159° de la Constitución Política del Perú, quienes guiarán su accionar de acuerdo al principio de supremacía constitucional.

2. Finalidad

Garantizar, la correcta aplicación de los artículos 205° al 210° del Código Procesal Penal; los derechos de la persona, la legalidad y los intereses públicos tutelados por el ordenamiento jurídico nacional.

3. Base legal

- Constitución Política del Perú
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos
- Ley Orgánica del Ministerio Público
- Código Procesal Constitucional
- Código Procesal Penal

4. Ámbito y alcance

La presente directiva será de aplicación a nivel nacional, por parte de los fiscales penales y mixtos del Ministerio Público del Perú.

5. Antecedentes

Conforme a lo dispuesto en el inciso 4) de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio de 2004 que aprueba el Código Procesal Penal, los artículos 205° al 210° de dicho ordenamiento, que norman los temas relativos al *Control de identidad policial, Vídeo – vigilancia y Pesquisas,* entraran en vigencia en todo el país a los 90 días de su publicación; sin embargo, dicha Disposición Complementaria y Final que fue modificada por el Artículo Único de la Ley N° 28366, publicada el 26 de Octubre del 2004, que suspendió su vigencia hasta el 1 de enero de 2005, fecha en que entrarán en vigencia los citados artículos 205° al 210° del presente Código Procesal Penal.

En atención a lo prescrito por el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 958, compete al Ministerio Público, dictar en lo que le corresponde las reglamentaciones previstas en el Código Procesal Penal y las directivas que con carácter general y obligatorio permitan la efectiva y adecuada aplicación del nuevo sistema procesal penal, creándose para tal efecto la Comisión encargada de coordinar las materias que deben ser objeto de reglamentación y directivas internas.

Atendiendo a la inminente puesta en vigencia de los artículos 205° al 210° del Código Procesal Penal, la Comisión consideró necesario elaborar una propuesta de Directiva que contenga los lineamientos de desempeño funcional de los fiscales en relación con dicho articulado, a fin de que los representantes del Ministerio Público en cumplimiento de las funciones y atribuciones asignadas en el Inciso 4) del Artículo 159° de la Constitución Política, garanticen la correcta aplicación de dichas normas, con observancia del principio de supremacía constitucional y los derechos fundamentales de la persona.

1. CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL Y REGISTRO DE PERSONAS (ART. 205, 206 Y ART. 210 CPP)

El control de identidad es la diligencia policial dirigida a establecer la identificación de la persona, estrictamente motivada por razones de urgencia, utilidad y necesidad para la investigación y prevención del delito. Sólo procederá cuando resulte necesario para prevenir un delito, obtener información útil en casos de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial.

El Ministerio Público tomará conocimiento de los controles de identidad policial de oficio, por noticia de la autoridad policial o por queja de cualquier ciudadano que considere vulnerados sus derechos y deberá cuidar que se hayan llevado a cabo con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y respeto de la dignidad de la persona.

Para los efectos de esta norma deberá entenderse por "prevención del delito", las acciones dirigidas a controlar e impedir la delincuencia en sus diversas modalidades, así como a evitar la probable comisión de hechos delictivos si no se actúa con la debida oportunidad y diligencia.

1.1 En el procedimiento de control de identidad y registro de personas en lugares o establecimientos públicos, el Fiscal verificará:

1.1.1. El debido cumplimiento de la identificación del efectivo policial que interviene, a la persona intervenida, proporcionándole su identidad y dependencia policial a la que pertenece, y de ser el caso, la placa de rodaje de los vehículos utilizados en la intervención.

1.1.2. El documento de identidad presentado por la persona intervenida, el cual puede ser: Documento Nacional de Identidad (DNI), o Carné de Extranjería o Pasaporte, si se tratara de extranjeros, Licencia de Conducir, Libreta Militar, Partida de Nacimiento o cualquier otro documento público que permita su identificación en el momento.

1.1.3. Las facilidades que la autoridad policial brindó para la ubicación y exhibición de la identificación de la persona intervenida, como llamadas telefónicas, utilización de medios electrónicos, conducción al lugar donde estaban sus documentos, de haber sido posible.

1.1.4. La devolución de los documentos de las personas debidamente identificadas y la autorización para su retiro del lugar.

1.1.5. En caso de intervención arbitraria, el Fiscal dispondrá la devolución de los documentos, el alejamiento del lugar de la persona intervenida y procederá conforme a sus atribuciones

1.2. En el procedimiento utilizado en las dependencias policiales originado por la falta de identificación de la persona intervenida, o por la gravedad del hecho investigado o ámbito de la operación policial, el Fiscal verificará:

1.2.1. El registro de la persona intervenida en el *LIBRO - REGISTRO*, firmando y sellando como constancia de su revisión.

1.2.2. Las razones que motivaron su conducción a la dependencia policial y el tiempo que ha permanecido en dicha dependencia.

1.2.3. Si el intervenido fue informado de su derecho a comunicarse con un familiar o la persona que hubiere indicado.

1.2.4. Que la persona intervenida no haya ingresado a las celdas o calabozos, así como no se encuentre en contacto con personas detenidas.

1.2.5. Que la persona intervenida haya accedido voluntariamente a la toma de impresiones digitales, únicamente con fines de identificación. En caso de haber manifestado su negativa, la comunicación al Ministerio Público.

1.2.6. El tiempo de permanencia del intervenido en la dependencia policial, el cual deberá ser el indispensable para los fines del procedimiento de identificación y no exceder de cuatro horas.

1.2.7. Tratándose de un requisitoriado, que sea puesto inmediatamente a disposición de la autoridad requirente.

1.2.8. Las diligencias que se practicaron con fines de identificación y que no se afecten o hayan afectado derechos de la persona que la Constitución Política y las leyes garantizan.

1.2.9. En caso de una intervención arbitraria, que podría constituir un ilícito penal, el Fiscal dispondrá el cese de la restricción de la libertad y procederá conforme a sus atribuciones.

1.3. En el procedimiento de registro personal, vestimentas, equipajes, bultos o vehículos, ante la sospecha fundada de un hecho punible, a que se refiere el inciso 3) del artículo 205° del CPP, además de lo señalado en los numerales 1.1 y 1.2 de la presente directiva, el fiscal verificará:

1.3.1. El levantamiento del acta correspondiente y la oportuna comunicación al Ministerio Público.

1.3.2. Si se tratare del registro de la vestimenta de una persona en el procedimiento del control de identidad, que se haya cumplido además, con las formalidades previstas en el artículo 210° del CPP.

1.3.3. La existencia de objetos o especies relacionados con la comisión de un delito y su aseguramiento con indicación de la persona responsable.

1.4 En el procedimiento seguido contra un imputado, además de lo señalado en los numerales 1.1 y 1.2 de la presente directiva, el Fiscal verificará:

1.4.1. Si el intervenido ha dado su consentimiento para la toma de fotografías, mediciones y medidas semejantes.

1.4.2. En el supuesto que éste no haya prestado su consentimiento para las actuaciones indicadas en el numeral anterior, que se haya comunicado al Fiscal competente, quien en uso de la facultad concedida por el inciso 5) del artículo 205° del Código Procesal Penal, podrá autorizar u ordenar tales actos si lo considera necesario o indispensable. La orden fiscal deberá ser motivada y constar por escrito en el acta respectiva.

1.4.3. El levantamiento del acta policial en la que deberá constar la necesidad, motivos o razones que sustentan dichas actuaciones, así como el tiempo en que se practicaron, la cual será suscrita por el personal policial que intervino en las mismas.

1.5 En el procedimiento de controles policiales en vías, lugares o establecimientos públicos para el descubrimiento y ubicación de los partícipes en delitos que causen grave alarma social a que se refiere el inciso 1) del artículo 206° del CPP, además de lo señalado en los numerales 1.1 y 1.2 de la presente directiva, el fiscal verificará:

1.5.1. La comunicación al Fiscal competente, en la que se indique el motivo, lugar, modo y tiempo de la intervención policial a que se refiere el inciso 1) del artículo 206° del Código Procesal Penal.

1.5.2. El informe inmediato del resultado de la intervención con la copia del acta respectiva, a efecto de disponer las acciones correspondientes.

1.5.3. La existencia de los instrumentos o efectos relacionados con la comisión de delito o de las sustancias prohibidas o peligrosas, en caso de haberse incautado y la medida de aseguramiento con indicación de la persona responsable.

1.5.4. El registro de la acción de control en el *libro – registro controles policiales públicos*, firmando y sellando como constancia de su revisión.

2. VÍDEO - VIGILANCIA (ART. 207° CPP)

En las investigaciones por delitos violentos o graves, sancionados con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años, o contra organizaciones delictivas, en las que el Fiscal de oficio o a solicitud motivada de la Policía Nacional y sin conocimiento del afectado, ordene la toma fotográfica o registro de imágenes u otros medios técnicos para la observación o investigación del lugar de residencia del investigado, deberá observar los siguientes lineamientos mínimos:

2.1 Expedir la Disposición de procedencia o improcedencia, la cual deberá ser motivada, teniendo en cuenta los principios de razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad y necesidad de la investigación.

2.2 Los límites en la utilización de los medios técnicos de vídeo – vigilancia, tales como el espacio físico y las personas susceptibles de tomas fotográficas o registro de imágenes, el tiempo del procedimiento de vídeo - vigilancia de conformidad con lo establecido en el artículo 230° numeral 6 del CPP y la necesidad o no de grabar sonidos, entre otros.

2.3 Designará en forma precisa al personal a cargo del procedimiento de vídeo - vigilancia y al responsable de su registro y custodia hasta la entrega de los soportes originales de la toma o registro de imágenes al fiscal, la cual deberá efectuarse en sobre sellado.

2.4 Establecerá la obligación de mantener la confidencialidad e integridad de las tomas o registros de las imágenes o sonidos por parte del personal designado, bajo responsabilidad.

2.5 Las tomas o registros de imágenes deberán ser datados de modo tal que el día y la hora en que se han realizado queden incorporados en el soporte original respectivo. Independientemente de ello deberán ser rotulados y numerados indicando la fecha del procedimiento de grabación, persona responsable del procedimiento, duración de la grabación y demás datos que resulten necesarios para su plena identificación.

2.6 El Fiscal requerirá la autorización judicial cuando la vídeo - vigilancia se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

2.7 Recibida la toma o registro original de imágenes por el fiscal, cuidará su conservación y adoptará las correspondientes medidas de seguridad, pudiendo designar a un Funcionario responsable del aseguramiento.

2.8 El fiscal dispondrá la transcripción escrita de los registros de imágenes y en su caso de sonidos y designará al responsable de la misma. La transcripción deberá ser numerada en forma independiente, indicando la duración de la grabación y demás datos que resulten necesarios para la plena identificación en el soporte original. Recibida la transcripción, el fiscal levantará el acta de recepción de la misma y de los soportes originales.

2.9 Ejecutada la vídeo – vigilancia y culminadas las investigaciones inmediatas a que ellas se refieran, se pondrá en conocimiento del vigilado lo actuado, siempre que el objeto de la investigación lo permita y que no se ponga en peligro la vida o la integridad física de terceros. De ser necesario mantener el secreto de la vídeo – vigilancia, el fiscal deberá emitir disposición motivada, señalando el plazo de la reserva y solicitará la confirmación judicial respectiva[1].

2.10 En caso que el Fiscal disponga la procedencia de la expedición de copias, ésta se practicará observándose los siguientes lineamientos:

a) La copia se realice de principio a fin del soporte original, sin interrupciones, cortes ni inclusiones de imágenes o sonidos.

b) En caso de solicitarse copia de una parte determinada de la operación de vídeo – vigilancia, ésta debe indicar el punto de inicio y final del momento al cual corresponde en el soporte original.

c) La copia será conjunta de imagen y sonido, siempre que así figure en el soporte original.

1 Concordante con el inciso 3 del artículo 203 del CPP.

d) Cada copia debe ser numerada en forma independiente, rotulada, con fecha del procedimiento de grabación y su duración, persona encargada de la copia y del responsable del procedimiento, indicando su soporte original y demás datos que resulten necesarios para su plena identificación.

3. PESQUISAS (ART. 208° CPP)

Las pesquisas son indagaciones o averiguaciones que realiza la Policía por si, en caso de urgencia, o por disposición del fiscal con la finalidad de obtener datos, recoger cosas, huellas, efectos materiales u otros que sirvan para la investigación del delito o ubicación del imputado, debiendo dar cuenta inmediata al fiscal. Tienen el carácter de diligencias mínimas y necesarias para evitar la desaparición de pruebas, indicios y vestigios de la realización de un hecho punible.

La inspección procederá en lugares abiertos, cosas, registros superficiales de personas[2] y otras, cuando existan motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito, ocultamiento de un imputado, persona prófuga, y demás útiles para la investigación.

3.1 En caso de comprobación del estado de las personas, lugares, cosas rastros y otros efectos materiales de utilidad para la investigación dispuestas por el Fiscal, el acta deberá contener las siguientes formalidades mínimas:

3.1.1. La descripción exacta del lugar donde se realiza la pesquisa, motivo y forma en que se llevó a cabo, nombre de los funcionarios o autoridad policial encargada de la diligencia.

3.1.2. La indicación del nombre, características y estado de las personas, cosas, rastros u otros efectos materiales encontrados en el lugar de la pesquisa que sean de utilidad para la investigación.

---

2 No entendido como intervención corporal.

3.1.3. Si no se encontró rastros o efectos materiales o si éstos hubieren desaparecido o sido alterados, la descripción del estado actual y de ser posible, el modo, tiempo y causa de su desaparición o alteración del estado anterior y los medios de convicción que llevaron a ese conocimiento.

Se procederá de igual manera cuando la persona buscada no fuera encontrada en el lugar de la pesquisa.

3.1.4. El levantamiento de planos de señales, descriptivos, fotográficos, y toda operación técnica, e inventario, que resulten necesarios según la naturaleza del delito.

3.1.5. De encontrarse a menores de edad, se comunique de inmediato a la Fiscalía de Familia o Mixta para que proceda conforme a sus atribuciones.

3.2. Si por razones de urgencia la pesquisa es realizada por la policía, sin disposición del fiscal, se verificará que el acta elaborada por el personal policial contenga la información señalada en el numeral anterior.

3.3 En caso de retenciones con fines de pesquisas, con el objeto de comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y otros efectos materiales de utilidad para una investigación, que la actuación policial responda a las siguientes formalidades mínimas:

3.3.1. Se haya informado a la persona sobre el motivo de su retención, así como los derechos que la legislación le reconoce.

3.3.2. Se haya identificado la autoridad que dispuso la retención.

3.3.3. Se haya identificado a las personas que comparecieron al lugar de la diligencia materia de pesquisa.

3.3.4. Precisado las diligencias efectuadas con las personas retenidas, las que deberán haberse practicado con observación de las disposiciones señaladas en los numerales 1.1, 1.2 y las demás consignadas en el ítem 3. de la presente Directiva.

6. Recomendar la suscripción de convenios por parte de la Policía Nacional y el Ministerio Público con el RENIEC para la inscripción y registro de las personas que no lo hubieran hecho y hayan sido sujetas al control de identidad previsto en el artículo 205° del Código Procesal Penal.
7. Adquisición progresiva de cámaras fotográficas, filmadoras y equipos de última generación, por parte del Ministerio Público, para la perennización de las escenas del delito y transcripción de las grabaciones de audio y vídeo, obtenidas en los procedimientos establecidos en el CPP.

REGLAMENTO DE LA CADENA DE CUSTODIA DE ELEMENTOS MATERIALES, EVIDENCIAS Y ADMINISTRACIÓN DE BIENES INCAUTADOS

(Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 junio 2006)

ÍNDICE

Presentación

Objeto

Finalidad

Base Legal

Ámbito y Alcances

Capítulo I: Disposiciones Generales

Capítulo II: De la Cadena de Custodia de los Elementos Materiales y Evidencias

Capítulo III: De la Custodia y Administración de Bienes Incautados

Capítulo IV: De los responsables de la Custodia de los Elementos Materiales, Evidencias y Bienes Incautados

Capítulo V: De la Disposición Final de los Elementos Materiales, Evidencias y Bienes Incautados

Disposiciones Transitorias y Finales

Anexos

PRESENTACIÓN

El Código Procesal Penal ha establecido en su artículo 220° inciso 5, que la Fiscalía de la Nación a efecto de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente, con la finalidad de normar el diseño y control de la Cadena de Custodia así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados.

Asimismo el artículo 318° del Código Procesal Penal señala, que la Fiscalía de la Nación emitirá las disposiciones reglamentarias necesarias, para garantizar la corrección y eficacia de la diligencia de incautación de bienes, así como para determinar el lugar de custodia y reglas de administración de éstos. De otro lado el artículo 223° inciso 2 del CPP, indica que la Fiscalía de la Nación establecerá directivas reglamentarias para llevar a cabo el remate del bien incautado por el órgano administrativo competente.

En este contexto, al establecer dicho cuerpo normativo tales alcances, conviene también emitir disposiciones relativas al "destino final" de los citados bienes, posibilitando a los jueces y fiscales que tomen decisiones sobre el particular durante la investigación o el proceso, a través de los distintos mecanismos que establecen las leyes especiales, las normas técnico científicas correspondientes y el presente Reglamento, devolviéndolos a sus propietarios, destruyéndolos o incinerándolos, ordenando la libre disposición a entidades autorizadas o rematándolos, según el caso.

Teniéndose en cuenta que en los casos de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Delito Aduanero, contra la Propiedad Intelectual, Lavado de Activos, contra la Administración Pública, Terrorismo y Traición a la Patria, en la actualidad se han establecido diversos procedimientos en relación a los bienes incautados derivados de dichos ilícitos, que deben ser unificados.

En este entendido, se debe regular y sistematizar las funciones asignadas al Ministerio Público; por tanto, se ha considerado conveniente reglamentar el procedimiento de "Cadena de Custodia" tanto de

los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados. Este proyecto tiene como precedente normativo en el trabajo de los representantes del Ministerio Público la Resolución N° 964-2001-MP-FN, resultando conveniente actualizar la normatividad vigente acorde a las nuevas funciones asignadas al Ministerio Público, adaptándola a los nuevos requerimientos planteados por el modelo procesal penal peruano, acorde a la atribución plasmada en el artículo 159° inciso 3 y 4 de la Constitución Política del Estado

Estos aspectos, sumados a la experiencia práctica de los representantes del Ministerio Público, en el desempeño de su labor diaria, han permitido el desarrollo del documento propuesto.

REGLAMENTO DE LA CADENA DE CUSTODIA DE ELEMENTOS MATERIALES, EVIDENCIAS Y ADMINISTRACIÓN DE BIENES INCAUTADOS

Artículo 1°.- Objeto

El presente Reglamento regula el procedimiento de la cadena de custodia de los elementos materiales y evidencias incorporados a la investigación de un hecho punible.

Asimismo, regula los procedimientos de seguridad y conservación de los bienes incautados, según su naturaleza.

Concordancias:

Art. 67° NCPP
Art. 68° NCPP
Art. 220.5 NCPP
Art. 322.3 NCPP

Artículo 2°.- Finalidad

Establecer y unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los representantes del Ministerio Publico y funcionarios, a efecto de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible,

auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal.

Además, unificar los lineamientos generales de seguridad y conservación de los bienes incautados

Artículo 3°.- Ámbito y alcance

Las normas contenidas en el presente Reglamento son de aplicación progresiva en todo el territorio nacional y de obligatorio cumplimiento para los señores Fiscales, funcionarios y servidores del Ministerio Público.

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4°.- Principios

Los procedimientos previstos en el presente reglamento, se rigen por los siguientes principios:

El **control** de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados hasta su destino final. Así como del actuar de los responsables de la custodia de aquellos.

La **preservación** de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados, para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento.

La **seguridad** de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza.

La **mínima intervención** de funcionarios o personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación.

La **descripción detallada** de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados

en la investigación de un hecho punible; del medio en el que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen en aquellos, entre otros.

Artículo 5°.- Elementos materiales y evidencias

Son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal.

Concordancia:

Art. 330° NCPP

Artículo 6°.- Bienes incautados

Son los efectos y ganancias provenientes de delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal, durante la investigación.

Concordancias:

Art.316° y ss NCPP

CAPÍTULO II
DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS MATERIALES Y EVIDENCIAS

Artículo 7°.- Concepto

La Cadena de Custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso.

Las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia.

Concordancias:

Art. 220.2 NCPP

Art. 382 ° NCPP

Artículo 8°.- Del procedimiento de la Cadena de Custodia

La Cadena de Custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de los elementos materiales y evidencias en el lugar de los hechos, durante las primeras diligencias o incorporados en el curso de la Investigación preparatoria; y, concluye con la disposición o resolución que establezca su destino final.

Artículo 9°.- Escena como una fuente de evidencias

La escena es el lugar o espacio físico donde sucedieron los hechos investigados. Es el foco aparentemente protagónico en el cual el autor o partícipe consciente o inconscientemente deja elementos materiales o evidencias, huellas y rastros que puedan ser significativos para establecer el hecho punible y la identificación de los responsables.

También se considerará como escena el entorno de interés criminalístico donde se realizaron los actos preparatorios, así como aquél donde se aprecien las consecuencias del mismo.

La información suficiente, determinará la amplitud de la escena.

Artículo 10°.- Protección de la escena y evidencias

Es la actividad practicada por el Fiscal o la Policía, destinada a garantizar el aseguramiento y perennización de la escena para evitar su contaminación, alteración, destrucción o pérdida, con el objeto de comprobar la existencia de elementos materiales y evidencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento del hecho punible y la identificación de los responsables, procurando la intangibilidad, conservación e inmovilización de la misma y de aquellos para su posterior recojo. En caso de flagrancia o peligro inminente de la perpetración de un hecho punible, la Policía procederá a asegurar, inmovilizar o secuestrar los elementos materiales o evidencias.

Concordancias:
Art. 68°. "K" NCPP
Art. 218.2 NCPP

Artículo 11°.- Formato de Cadena de Custodia

Los elementos materiales, evidencias y bienes incautados se registrarán en el formato de la cadena de custodia mediante una descripción

minuciosa y detallada de los caracteres, medidas, peso, tamaño, color, especie, estado, entre otros datos del medio en el que se hallaron los elementos materiales y evidencias, de las técnicas utilizadas en el recojo y pericias que se dispongan, en el cual no se admiten enmendaduras. En caso que amerite una corrección, ésta se efectuará entre paréntesis, explicando los motivos que la generaron. Los bienes materiales y las evidencias recolectadas o incorporadas, deberán ser debidamente rotuladas y etiquetadas para su correcta identificación y seguridad e inalterabilidad.

Artículo 12°.- Supervisión de la cadena de custodia

El Fiscal o la persona que delegue, supervisará la identificación, individualización, recolección, envío, manejo, análisis, entrega, recepción, seguimiento, y otros procedimientos que se generen respecto a los elementos materiales y evidencias. También, las condiciones de seguridad, el empleo de medios materiales y de técnicas adecuadas para su traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final. Así como el registro e identificación de las personas responsables de cada procedimiento.

En caso de advertir la alteración del estado original de aquellos, según su naturaleza y de los registros, adoptará las acciones que correspondan.

Artículo 13°.- Procedimiento de recolección, embalaje y traslado

Los Fiscales observarán que se cumplan los siguientes lineamientos mínimos: Iniciar la colección de elementos materiales y evidencias con los objetos grandes y movibles, posteriormente se recolecta aquellos que requieren de un tratamiento o técnica especial, seleccionándolos y clasificándolos.

Utilizar embalajes apropiados de acuerdo a su naturaleza, etiquetándolos o rotulándolos para una rápida ubicación e identificación o precintándolos según el caso, consignándose como mínimo: ciudad de origen, autoridad que ordenó la remisión, forma de recojo de los bienes incautados, número de investigación o proceso, descripción (clase, can-

tidad, estado, color), fecha, hora, lugar donde se practicó la colección y la identificación del responsable.

Llenar el formato de cadena de custodia por duplicado, el cual no podrá tener modificaciones o alteraciones.

Disponer las pericias, análisis, informes técnicos que se requieran para la investigación respecto a los elementos materiales y evidencias o una muestra de ellos. Tratándose de objetos de gran dimensión o volumen y según su naturaleza, designará al responsable del traslado, así como su destino de custodia, después que se practiquen las pericias respectivas.

Ordenar el traslado al Almacén de Elementos Materiales y Evidencias correspondiente, según su volumen, el que se efectuará con el formato de cadena de custodia. Al ser transportados, debe preservarse su integridad, manteniéndolos libres de todo riesgo o peligro de alteración, deterioro o destrucción.

Artículo 14°.- Registro y custodia

Es el procedimiento que se desarrolla con el objeto de garantizar el ingreso, registro, almacenaje, administración y salida de los elementos materiales y evidencias.

En un plazo máximo de tres días calendarios de la intervención o recepción del informe policial, el Fiscal dispondrá el destino al Almacén, conforme a los siguientes lineamientos:

El personal asignado por el Fiscal o la autoridad policial, en delegación, recibe el mandato y el formato de cadena de custodia. Quien entrega y quien los recibe, verifica el estado de los mismos o sus embalajes, los cuales deben estar íntegros, sin presentar alteraciones. Los rótulos o etiquetas no deben mostrar enmendaduras.

Se registra en el formato de cadena de custodia el traslado y traspaso, fecha, hora, dejándose constancia de las observaciones pertinentes.

El responsable de la recepción en el laboratorio o del almacén recibe debidamente embalados los elementos materiales y evidencias, los revisa efectuando los registros necesarios en el formato de cadena

de custodia y en el sistema de información manual o electrónico. Este, debe verificar los datos consignados y el responsable del traslado.

El responsable del almacén en los Distritos Judiciales se encargará de recibir el formato de la cadena de custodia por duplicado. Una copia se queda en poder de la Fiscalía o autoridad interviniente para que sea agregado a la carpeta fiscal, la otra permanecerá en custodia del Almacén, a fin de registrar las futuras diligencias que se practiquen. Toda actuación posterior que se genere se consignará en el formato de cadena de custodia y en el registro informático, cronológicamente.

El responsable del Almacén, después de su recepción conforme a los requisitos antes señalados, selecciona y ubica cada uno de los bienes, dependiendo de su naturaleza, clasificándolos atendiendo a su volumen, cantidad, peso, clase de sustancia, riesgo que representa, valor y todas aquellas circunstancias que la experiencia aconseje para el adecuado almacenamiento, registrando en el sistema de información su ubicación dentro del almacén.

En caso que se aprecien alteraciones en los embalajes y rótulos o etiquetas, quien los advierta en el almacén lo comunicará inmediatamente al jefe inmediato y a la autoridad competente, dejando constancia escrita en el formato de cadena de custodia y si es posible, fijará mediante fotografía o filmación las alteraciones. Quien entrega y quien recibe debe conocer las alteraciones advertidas.

Para los efectos del cumplimiento de estas especificaciones, tratándose de elementos biológicos y químicos, serán almacenados en ambientes especialmente organizados, con el objeto de evitar su deterioro y la integridad física de los responsables.

El perito responsable o especialista a quien se le haya ordenado la realización de un análisis, examen pericial o informe técnico, consignará en el formato de cadena de custodia sucintamente las técnicas empleadas, identificándose.

Artículo 15°.- Traslado para diligencia

Cuando sea necesario llevarse a cabo una diligencia fiscal o judicial en la que se requiere tener a la vista los elementos materiales y

evidencias o una muestra de ella, el Fiscal dispondrá el traslado, indicando el personal responsable. El responsable del almacén de bienes incautados cumplirá con el mandato en la forma y plazo que disponga la autoridad requirente.

El responsable del almacén al recibir la orden fiscal, ubica físicamente los elementos materiales los entrega al servidor encargado del traslado y adjunta con tal fin los formatos de cadena de custodia donde efectúa los registros correspondientes. A su vez, descarga en el sistema de información manual o electrónico que se tenga, la salida, procediendo a su entrega al responsable del traslado y transporte.

CAPÍTULO III
DE LA CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE BIENES INCAUTADOS

Artículo 16°.- Incautación

En caso de efectuarse una diligencia relacionada a la investigación de un hecho ilícito, en la que se encuentren bienes que ameriten ser incautados, se procederá a asegurarlos o inmovilizarlos, designando provisionalmente al responsable de la custodia, dando cuenta al Juez para su aprobación y conversión a las medidas que fueran necesarias.

El Fiscal o la policía excepcionalmente podrán disponer la incautación de bienes en los casos previstos por ley, dando cuenta de inmediato al Juez.

Concordancias:
Art. 68° NCPP
Art. 316° NCPP
Art. 317° NCPP

Artículo 17°.- Registro y seguridad

Para garantizar la eficacia de las diligencias antes citadas, los bienes deberán ser individualizados, registrados, asegurados e inventariados en acta, la que será suscrita por los participantes y testigos de ser el caso.

El Fiscal o el responsable, consignará la hora de culminación y la identificación de quienes hubieran intervenido, del custodio provisional, entregando copia del acta a los afectados.

Rigen en lo que fuera pertinente, las disposiciones previstas en los artículos 12°,13° y 14° del presente Reglamento.

Concordancias:

Art. 68° NCPP
Art. 225.3 NCPP

Artículo 18°.- Formato de bienes incautados

Se registrará en forma minuciosa y detallada los bienes incautados en el formato correspondiente, conforme a las características dispuestas en el artículo 11° del presente reglamento, así como la identificación del responsable de la custodia en cada uno de los procedimientos relacionados al traslado, almacenamiento, administración y destino final de los mismos.

Artículo 19°.- Casos especiales

En caso de bienes perecibles, sujetos a eminente deterioro, de gran magnitud y naturaleza, dedicados a fábrica o comercio, semovientes entre otros que no permitan su traslado, o que ameriten una administración especializada sobre los derechos de éstos, el Fiscal dispondrá la inmovilización y el aseguramiento, así como el lugar de custodia, designando al depositario - responsable por un plazo no mayor de 15 días prorrogables por igual término, dando cuenta al Juez para la confirmación de la medida y conversión a incautación conforme a los presupuestos establecidos en la ley.

Artículo 20°.- Designación del lugar de custodia

Dispuesta la medida de incautación, el Fiscal delegará al responsable del almacén la designación del lugar y de la aplicación de las reglas de administración que correspondan para el mejor cuidado de los citados bienes.

En los casos especiales y no previstos expresamente en la ley, se deberá tener en cuenta que si el bien está sujeto a un proceso de pro-

ducción y comercio, deberá según el caso, procurarse su continuación, así como la administración de las rentas, frutos o productos, el Fiscal solicitará la designación del depositario correspondiente.

Dicha función deberá ser cumplida con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación, no pudiendo usarlo en provecho propio o de un tercero, salvo disposición judicial, inscribiéndose en el Registro correspondiente.

Debe informarse semestralmente al responsable del almacén del Ministerio Público respecto a la gestión encomendada.

Concordancia:

Art.220.3 NCPP

Artículo 21°.- Convenios interinstitucionales de custodia

El Fiscal Jefe del Distrito Judicial podrá celebrar convenios interinstitucionales de custodia de bienes incautados, con dependencias estatales relacionadas al bien jurídico protegido como Gobiernos Regionales, Locales, Universidades, centros asistenciales entre otros, que por su especial naturaleza o características, no puedan ser almacenados en los ambientes del Ministerio Público o cuando se carezca de infraestructura adecuada.

Artículo 22°.- Títulos valores o documentos de crédito

Cuando se afecten títulos valores o documentos de crédito, la incautación o el secuestro procederá conforme a las reglas del artículo 652° del Código Procesal Civil, de ser pertinente.

Artículo 23°.- Custodia de joyas y análogos

Cuando se requiera la custodia de joyas auténticas, metales valiosos, piedras preciosas o efectos análogos que superen el valor de una unidad impositiva tributaria, el Fiscal dispondrá que el responsable del almacén las deposite en custodia en la Caja de Valores del Banco de la Nación, previa tasación de un perito designado de la lista de tasadores del Ministerio Público.

Los documentos que correspondan a la descripción, tasación y depósito de tales bienes serán remitidos al Almacén, anexándose una

copia a la carpeta fiscal. Si el valor de lo incautado es inferior a una unidad impositiva tributaria, se depositarán con la debida descripción e identificación en la caja de valores del Almacén del distrito fiscal.

Artículo 24°.- Bienes inmuebles

Tratándose de administración bienes inmuebles o de derechos sobre aquellos, en tanto concluya la investigación preparatoria o el proceso, se procederá a la anotación de la medida adoptada en el respectivo Registro Público, en cuyo caso se requerirá la orden judicial respectiva. Se dejará constancia en el acta la identidad de la persona o institución responsable de la posesión-custodia.

Artículo 25°.- Regulación supletoria

Rige para los supuestos previstos en los artículos precedentes, lo establecido en el Código Civil y Procesal Civil, en lo que fuera pertinente.

CAPÍTULO IV
DE LOS RESPONSABLES DE LA CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS MATERIALES, EVIDENCIAS Y BIENES INCAUTADOS

Artículo 26°.- Obligaciones

Son obligaciones del responsable del almacén:

Recibir y registrar los elementos materiales, evidencias y bienes incautados en los formatos respectivos, sistema informático o el que haga sus veces. Los procedimientos de ingreso, traslado y egreso definitivo que fueran ordenados por las autoridades correspondientes, deberán ser cumplidos en el modo y plazo dispuestos.

Clasificar, ubicar, custodiar y conservar los elementos materiales, evidencias y bienes incautados.

Efectuar semestralmente inventarios físicos a efecto de informar al Fiscal a cargo del caso, con el objeto que adopten las acciones que correspondan para determinar su destino final.

Requerir a las autoridades administrativas los recursos logísticos necesarios para la adecuada custodia, conservación y administración de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados, según su naturaleza.

Artículo 27°.- Detalle del registro

Ingresados los elementos materiales, evidencias y bienes incautados al almacén, se procederá a su registro el cual deberá detallar como mínimo lo siguiente:

a) Estado de conservación y descripción según la información proporcionada en el formato de cadena de custodia.
b) Fecha y hora de ingreso, egreso y traslados.
c) Fiscalía que ordena el internamiento.
d) Número de ingreso de la investigación, informe policial, carpeta fiscal o proceso según corresponda.
e) Nombre de los sujetos procesales (investigado, víctima, tercero civilmente responsable, etc.)
f) Delito investigado.
g) Y, otras anotaciones u observaciones cuando sean necesarias.

Artículo 28°.- Tasador oficial

El Fiscal Jefe de cada Distrito Judicial designará anualmente los Tasadores Oficiales.

En caso de no contarse con personal calificado en los Distritos Judicial, se procederá a la convocatoria respectiva, para tal efecto, la Gerencia General del Ministerio Público asignará los recursos que fueran necesarios.

Artículo 29°.- De los organismos habilitados

Los Fiscales encargados de las investigaciones en las cuales se hubieran incautado bienes, en su función de supervigilancia de los organismos que por ley se han creado o habilitado para el depósito, administración y disposición de aquellos, verificarán su custodia, estado de conservación, traslado y disposición final.

Velarán que los organismos habilitados por ley observen el cumplimiento del presente reglamento y lo contenido en el "Reglamento de Supervisión de Organismos encargados de Bienes Incautados", en lo que fuera pertinente para los fines de la investigación y el proceso.

Artículo 30°.- Incumplimiento

En caso de verificarse la inobservancia de las obligaciones establecidas por ley respecto a las obligaciones de los organismos delegados, el Fiscal procederá a las acciones legales correspondiente, instruyendo a la institución responsable, para que se supere las omisiones advertidas conforme a lo establecido en el "Reglamento de Supervisión de Organismos encargados de Bienes Incautados".

CAPÍTULO V
DE LA DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES, EVIDENCIAS Y BIENES INCAUTADOS

Artículo 31°.- Disposición

El Fiscal o Juez competente decide, en el menor tiempo posible, sobre el destino final de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados en la investigación o proceso, a través de los distintos mecanismos que establecen las leyes especiales, este Reglamento y las normas técnico científicas. Con tal fin, emiten el mandado correspondiente, el que es comunicado al responsable del Almacén, a la dependencia competente del organismo delegado que haga sus veces o al laboratorio forense.

Artículo 32°.- Ejecución

El responsable o custodio recibe y corrobora el contenido del mandato, registra en el formato respectivo y en el sistema de información que corresponda, la disposición final del bien incautado y procede a materializar lo ordenado.

Artículo 33°.- Conservación de muestra representativa

Tratándose de objetos de gran volumen, perecibles o que atenten contra la salud y la seguridad públicas, se conservará una muestra re-

presentativa, adoptándose las medidas de seguridad indispensables y/o vistas fotográficas o filmación de la totalidad del bien o lote, para facilitar su futura apreciación en la investigación o proceso, y la elaboración de pericias o diligencias posteriores.

La muestra se derivará con posterioridad al almacén correspondiente, conforme al procedimiento establecido en este Reglamento.

Artículo 34°.- Acta de disposición

En los casos previstos por ley, la disposición final de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados se materializa con la presencia del Ministerio Público, el cual levantará el acta correspondiente, la que se adjuntará al formato de custodia de elementos materiales, evidencias y bienes incautados, respectivamente.

Artículo 35°.- Del seguimiento y control

El Fiscal en su función de supervisión de los organismos que por ley se han creado o habilitado para el depósito, administración o disposición de los bienes incautados, realiza el seguimiento y control de la disposición final dictada respecto de aquellos.

El Fiscal Jefe o quien éste designe, supervisará el cumplimiento de las normas dispuestas en el presente Reglamento en todos los procedimientos relativos al destino final.

Artículo 36°.- Procedimientos para el destino final

El procedimiento por el que se establece el destino final de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados será establecido motivadamente por parte del Fiscal o Juez competente, quienes dependiendo de la investigación o etapa del proceso, dictarán las siguientes medidas:

a) Conservación o custodia definitiva
b) Devolución
c) Destrucción o incineración
d) Libre disposición
e) Remate

Artículo 37°.- De la conservación o custodia definitiva

En las etapas respectivas del proceso, la fiscalía o el juzgado que previno, de ser el caso, determinarán la conservación o custodia definitiva de los elementos materiales y evidencias hasta por el plazo máximo previsto en la ley para la prescripción de la acción o la pena, según corresponda.

Artículo 38°.- Devolución

El Fiscal podrá disponer la devolución o entrega de los bienes incautados al afectado, propietario o representante legal, con conocimiento del Juez de la investigación preparatoria, solo en el caso que éste hubiera prevenido. La devolución podrá ordenarse con carácter provisional y en calidad de depósito, cuando fuera necesario para la investigación o proceso, con fines de exhibición.

Los bienes podrán ser devueltos al investigado si aquellos no tuvieren ninguna relación con el delito. La recepción del bien por el agraviado o propietario o representante legal se consignará en un acta, la que será suscrita tanto por el responsable de la entrega como por quienes lo recibe.

En caso de dictarse un sobreseimiento, archivo o sentencia absolutoria, el responsable de la custodia dará cumplimiento al mandato correspondiente, dejando constancia en los formatos respectivos.

Concordancias:

Art. 318 ° NCPP

Art. 222 ° NCPP

Artículo 39°.- Requisitos para la destrucción o incineración

El Fiscal, dando cuenta al Juez, si fuera pertinente, dispondrá la destrucción o incineración de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados que atenten contra la salud y seguridad pública, como muestras biológicas, físicas, químicas, entre otras, cuando así lo regulen las leyes especiales sobre la materia o las normas técnico científicas.

Asimismo, debe disponer la destrucción o incineración de los bienes perecibles o en manifiesto estado de deterioro irrecuperable y cuyo almacenamiento o custodia resulten muy difíciles o peligrosos como

materiales inflamables, combustibles, disolventes, pinturas u otros análogos, que pudieran poner en riesgo la salud o integridad física del personal de custodia.

Artículo 40°.- Procedimiento

El responsable de la ejecución de la medida en los casos de destrucción o incineración de bienes tomará una muestra, la cual derivará al Almacén correspondiente, conforme al procedimiento establecido en el artículo 33° del presente Reglamento.

El Fiscal levantará el acta y dispondrá su anotación en los formatos respectivos, practicada la incineración o destrucción, según la naturaleza del bien. Copia del acta se anexará a la carpeta fiscal.

Artículo 41°.- Libre disposición

Los Fiscales cuando corresponda, declararán la libre disposición de los bienes incautados, en los siguientes casos:

a) Cuando no se haya identificado al autor del ilícito,
b) Cuando no se haya identificado al perjudicado; o,
c) Cuando pese a identificarse al propietario, se hubieran realizado gestiones infructuosas para su devolución,

Rigen como plazos, los establecidos en los artículos 950° y 951° del Código Civil, para la prescripción adquisitiva.

Y además, cuando los bienes que provienen de la falsificación o adulteración de marcas u otras análogas, puedan ser aprovechables por la población de menores recursos, siempre que no representen un peligro para la salud ni alteren los precios del mercado, conforme al procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 47° del presente Reglamento.

Rige como plazo en éste último caso, el establecido en el artículo 223° del Nuevo Código Procesal Penal.

Artículo 42°.- Modalidades de la libre disposición

Declarados los bienes incautados en la condición de libre disposición por el Fiscal o por el Juez según corresponda al estado del proceso,

el órgano administrativo del Ministerio Público o del organismo delegado, podrá optar entre las siguientes acciones:

a) La asignación en uso

b) La donación

Artículo 43°.- Asignación en uso

Por excepción, cuando las necesidades del servicio lo ameriten, el órgano administrativo autorizará la asignación en uso de los bienes incautados, sean muebles o inmuebles. Con tal objeto, el responsable del almacén, o el depositario, verificará la autenticidad del mandato y procederá a la entrega del bien a la persona o ente autorizado para su recepción, consignándose en los registros informáticos y en el formato de bienes incautados, las condiciones, estado y destino de los bienes.

Artículo 44°.- Donación

La donación procede antes del vencimiento o deterioro de los bienes declarados de libre disposición con fines sociales y humanitarios, cuando se trate de bienes incautados que tengan la condición de perecibles tales como, alimentos, medicamentos u otros análogos de consumo, bienes con marca de fábrica adulterada o falsificada pero aprovechables sin riesgo para la salud, como prendas de vestir, ropa de cama, calzado o materiales de construcción y otros de utilidad inmediata.

Artículo 45°.- Del beneficiario de la donación

El Fiscal comunicará al responsable del órgano administrativo del Ministerio Público, la libre disposición de los bienes incautados, para que proceda a solicitar ante los Fiscales Jefes (Decanos), su donación.

El Comité Institucional Descentralizado de cada Distrito Judicial propondrá la entidad receptora, entre ellos Hospitales Públicos, Centros Educativos Públicos, Establecimientos Penitenciarios, Compañías de Bomberos Voluntarios, Asilos de Ancianos, Clubes de Madres o Comedores Populares, Albergues Infantiles o Albergues Juveniles, Clubes de Servicio, poblaciones en extrema pobreza o que hubieran sido víctimas de catástrofes o calamidades, así como al funcionario responsable de ejecutar el mandato.

Con tal fin emitirá la resolución de donación correspondiente comunicándola al órgano administrativo encargado de ejecutarla.

Artículo 46°.- Procedimiento de la donación

Recibido el mandado, el responsable del almacén o de la dependencia competente del organismo delegado procederá a la entrega del bien a la persona o institución autorizada para su recepción, consignándose en los registros informáticos y en el formato respectivo las condiciones, estado y destino final del bien, cuidando de conservar una muestra representativa, vistas fotográficas o filmación del bien o de la totalidad del lote, si fuera el caso, para facilitar la futura apreciación de los hechos y atender pericias o diligencias posteriores.

En caso de bienes incautados en custodia de instituciones delegadas, éstas deberán remitir la muestra al Almacén del Ministerio Público, así como el formato correspondiente; y, además, toda aquella documentación que se genere para ser anexada a la carpeta fiscal.

Artículo 47°.- Entrega y recepción de bienes donados

La entrega y recepción de los bienes donados, quedará registrada en un acta, en la que se consignará la expresa prohibición del beneficiario de traspasar, vender o disponer de aquellos, de manera que se garantice la ausencia de interferencia o alteración de los precios del mercado.

En caso de haberse utilizado marcas de fábrica adulteradas o falsificadas, el funcionario administrativo responsable, dispondrá y verificará que éstas sean retiradas previamente a la donación, procurando no causar daño a las especies.

Artículo 48°.- Del remate

Procede el remate tratándose de bienes muebles o inmuebles, en el supuesto de no haberse identificado al autor o perjudicado en el plazo establecido por ley. Transcurrido el plazo sin haberse formalizado la investigación, el Fiscal o el Juez de la investigación preparatoria, ordenará, según el caso, la realización del remate de los bienes incautados al órgano administrativo que se designe.

Concordancia:
Art. 223° del NCPP
Art. 950 y 951 CC

Artículo 49°.- Valorización

Previo al remate, el órgano administrativo designado dispondrá la valorización de los bienes con el apoyo de un perito y martillero público, si fuere pertinente. El perito quedará encargado de describir y valorizar los bienes a rematarse elaborando los documentos respectivos, ordenándose el remate mediante resolución por convocatoria pública.

Artículo 50°.- Honorarios

Los martilleros públicos percibirán por su participación los honorarios de acuerdo al arancel establecido en el Reglamento de la Ley del Martillero Público. La Gerencia General proveerá al órgano administrativo los recursos necesarios para dicho objeto.

Artículo 51°.- Aviso

El aviso de remate será publicado durante tres días consecutivos en el diario oficial de la localidad y adicionalmente en un diario de mayor circulación o en carteles a falta de éste. El aviso contendrá:

a) La descripción de bienes incautados a rematar, sus características y el lugar donde se encuentren.
b) El valor de tasación y el precio base.
c) El nombre del funcionario que efectuará el remate.
d) El porcentaje que debe depositarse para participar en el remate.
e) El lugar, día y hora del remate.

Artículo 52°.- Reglas del remate

En el remate se observarán las reglas siguientes:

a) El día y hora designado para el remate se dará comienzo al acto con la lectura de la relación de bienes incautados en subasta, indicándose los que se rematarán en lotes.

b) Sólo serán admitidos como postores las personas que hayan oblado ante el funcionario competente, el diez por ciento (10%) del valor de la tasación.

c) Las pujas se harán en voz alta, debiendo repetirlas el funcionario competente, quedando entendido que serán referidas a cantidades a ser pagadas al contado y sin condición alguna. Tales pujas continuarán sucesivamente en pos de mejores ofertas, adjudicándose al mejor postor.

d) Cerrado el remate, se otorgará al postor, previo pago de la totalidad del precio, en el plazo máximo de 24 horas el documento que acredite la adjudicación y entrega del bien. Caso contrario, el postor perderá la suma oblada, que constituirá recursos propios del Ministerio Público.

Artículo 53°.- Acta de remate

El acta de remate se redactará en original y cuatro copias, las mismas que deberán ser rubricadas por los participantes del remate y el adjudicatario. Una de las copias se remitirá a la fiscalía o la dependencia competente, para el registro correspondiente.

Para la anotación de la transferencia de los inmuebles en los Registro Públicos, el órgano administrativo oficiará a dichas dependencias, acompañando una copia del acta de adjudicación respectiva, la cual constituye el título de transferencia de propiedad.

Artículo 54°.- Producto del remate

El monto resultante del remate descontando los gastos que han demandado las actuaciones, serán depositados en el Banco de la Nación a la orden del Ministerio Público, si no se formalizó investigación preparatoria y en partes iguales a favor del Poder Judicial y del Ministerio Publico si existiere proceso abierto.

Si ninguna persona acredita su derecho, transcurrido un año desde la fecha de remate, el Ministerio Público o el Poder Judicial dispondrán de ese monto como recursos propios a utilizarse de preferencia en la jurisdicción donde se efectuó la incautación.

Concordancia:
Art. 223.3 NCPP

Artículo 55°.- Remate sucesivo

Los bienes incautados que no se hayan rematado, lo serán en un segundo remate con la disminución del quince por ciento (15%) del valor de su tasación. De no prosperar, serán objeto de un tercer remate con la disminución del quince por ciento (15%) adicional al valor de su tasación.

En caso de no ser rematados nuevamente, podrán ser adjudicados a las entidades receptoras previstas en el artículo 45° del presente Reglamento y conforme a dicho procedimiento.

Artículo 56°.- Normas supletorias

Para los efectos de practicar el remate se considerarán en lo que fuera pertinente las normas contenidas en los alcances del artículo 728° y siguientes del Código Procesal Civil, así como las normas de Código Civil, en lo que resulten aplicables.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- El presente Reglamento entrará en vigencia progresiva en los Distritos Judiciales conforme calendario oficial aprobado por Decreto Supremo N° 007- 2006-JUS, su fecha 04 de marzo de 2006.

Segunda.- El responsable del Almacén de cada Distrito Judicial en el plazo de 30 días remitirá a las Fiscalías de origen, el reporte de los bienes actualmente almacenados e internados por cada una de ellas.

Las Fiscalías en el plazo máximo de 20 días y bajo responsabilidad funcional deberán indicar al responsable del Almacén por escrito:

a) Si los bienes incautados deben o no continuar internados en el Almacén, de acuerdo a los criterios diseñados en el presente Reglamento.

b) Si procede la libre disposición, destrucción o incineración o remate del bien, siempre que no se hubiera identificado a su propietario; o, existiendo éste, no los hubiera reclamado y permanecieran en el Almacén, con una antigüedad superior a dos años.

Tercera.- Concluido el trámite de la disposición anterior, se publicará en el diario oficial El Peruano o en otro de mayor circulación de cada Distrito Judicial, las acciones a adoptarse respecto a los citados bienes. Cumplido el trámite anterior, los responsables del Almacén procederán a realizar las acciones dispuestas por el Fiscal tendientes a la destrucción o incineración, donación, remate, asignación en uso, según corresponda, de todos los bienes incautados respecto a los cuales el Fiscal Jefe o quien éste designe, supervisará todo el proceso, el cual no deberá exceder de noventa días calendario de publicado el presente Reglamento.

Cuarta.- La Gerencia General deberá proveer los recursos necesarios para la implementación de los Almacenes en los Distritos Judiciales, elaborando un plan de mejora de infraestructura y recursos logísticos y humanos, necesarios para el cumplimiento del presente Reglamento. De igual modo, dispondrá se desarrolle el software del Sistema de Cadena de Custodia de los Elementos Materiales y Evidencias, así como el de Administración de Bienes Incautados, incorporado a la Carpeta Fiscal.

Quinta.- El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses emitirá según el área de su especialidad, las Guías Técnicas de los procesos de Identificación Pericial correspondiente, las que formarán parte del presente Reglamento.

Sexta.- Los Fiscales Jefes deberán supervisar el cumplimiento del presente Reglamento en lo concerniente al ámbito de su competencia.

ANEXO
CARTILLA DE INSTRUCCIONES PARA EL FISCAL EN LA ESCENA DEL DELITO

Actuación en la escena

El Fiscal como conductor de la investigación, al tener conocimiento de un hecho criminal, programa y coordina la estrategia y plan de investigación, así mismo dirigirá, dispondrá y verificará que la Policía Nacional realice en la escena lo siguiente:

a) Verificar los datos relativos al hecho punible y su comunicación al equipo de peritos especializados en técnicas criminalísticas y ciencias forenses para el apoyo al trabajo de investigación.

b) Establecer el plan de intervención eficaz, seguro y rápido en el lugar de los hechos.

c) Constituirse al lugar, registrar la máxima información previa, determinar la escena, disponer su protección y su aislamiento a través de un cordón de seguridad. De constituirse en primer lugar la autoridad policial a la escena, el Fiscal solicitará al responsable la información preliminar que hubiera obtenido y las providencias adoptadas.

d) Disponer que el investigador comisionado efectúe la perennización de la escena antes del ingreso del personal especializado, la cual se efectuará a través de filmaciones, fotografías, planos, croquis, dibujos entre otros medios disponibles, señalándose referencias.

e) Establecer las precauciones de seguridad y prevención de riesgos que se deben adoptar de acuerdo a la naturaleza de los hechos y el lugar de la escena, tales como la atención de los heridos o afectados, el retiro de escombros no útiles, apuntalamiento de techos, retiro de material inflamable, tóxico, entre otros, coordinando con el personal y entidades especializadas. De encontrarse cadáveres, permanecerán en su posición origi-

nal para la intervención del médico forense y peritos especializados, a menos que sea estrictamente necesario moverlos de la posición original, por prevalencia del derecho a la vida, de otras personas.

f) Delimitar según el caso, líneas o zonas de acceso, entre ellas, la escena de los hechos, la de coordinación o mando de la Fiscalía, la zona de soporte técnico, primeros auxilios, áreas de contacto con familiares, prensa, entre otras; así como las zonas por donde pueda transitar el personal especializado interviniente. De encontrarse testigos en el lugar de los hechos, deberán ser conducidos por el investigador a un área donde puedan ser entrevistados.

g) Planificar la estrategia a seguir, los métodos de búsqueda tradicionales tales como el método de cuadros, lineal o peine, espiral o métodos no tradicionales. Establecer el orden del personal especializado que debe intervenir. Requerir la presencia de peritos y el instrumental a usar. Priorizar la búsqueda de evidencias y demás acciones pertinentes. Programar y coordinar con quienes corresponda el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la estrategia.

h) Recolectar los elementos materiales, huellas, vestigios, evidencias, verificar su rotulado y registro en el Formato de Cadena de Custodia con la identificación del responsable del recojo, embalaje y traslado.

i) Efectuar un registro cronológico de los hechos, indicando sus características, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el medio empleado, la identidad de los autores o partícipes, intervenidos, fugados y sospechosos, la identificación o no de las víctimas, testigos, armas, vehículos, descripción del lugar de los hechos, si es abierto o cerrado, los lugares de acceso, condiciones atmosféricas y demás datos útiles que contribuyan a la investigación.

j) Culminadas las diligencias, el Fiscal o el responsable dispondrá el cierre de la escena. De ser un lugar abierto, autorizará

el tránsito normal. De ser cerrado, limitará el acceso de las personas si fuera pertinente. Si amerita, previa coordinación con los peritos, se dispondrá la continuación de la protección y aislamiento de la escena para posteriores inspecciones, señalándose fecha.

Los actos señalados constarán en un Acta/ Ficha Técnica de la escena en la investigación, a la cual se anexarán las actas que se hubieren generado.

DIRECTIVA N° 001-2007-MP-ETII/CPP
INSTRUCCIONES PARA EL ADECUADO DESEMPEÑO DEL FISCAL EN EL ROL CONSTITUCIONAL DEL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN

N° 243-2007-MP-FN
LIMA 20 DE FEB. 2007

VISTO Y CONSIDERANDO :

El Proyecto de Directiva *"Instrucciones para el adecuado desempeño del Fiscal en el Rol Constitucional del Nuevo Modelo Procesal Penal"*, aprobada por Acuerdo del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, en Sesión de fecha 06 de febrero de 2007;

Que, resulta necesario normar y establecer pautas para el adecuado desempeño del Fiscal en el rol constitucional que le asigna el nuevo modelo procesal penal acusatorio, así como viabilizar la labor administrativa y operativa de los Despachos Fiscales en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad;

En uso de las atribuciones establecidas en el artículo 64° del Decreto Legislativo N° 052 Ley Orgánica del Ministerio Público.

SE RESUELVE :

ARTÍCULO PRIMERO.- Aprobar la Directiva N° 001-2007-MP-ETII/CPP *"Instrucciones para el adecuado desempeño del Fiscal en el Rol Constitucional del Nuevo Modelo Procesal Penal"*, la misma que forma parte de la presente Resolución y consta de dos (02) folios.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Hacer de conocimiento la presente Resolución a los Fiscales Superiores Decanos del Distrito Judicial de Huaura y La Libertad, para su respectiva difusión a los señores Fiscales Penales y Mixtos de sus respectivas jurisdicciones.

Regístrese y Comuníquese.

DIRECTIVA N° 001-2007-MP-ETII/CPP
INSTRUCCIONES PARA EL ADECUADO DESEMPEÑO DEL FISCAL EN EL ROL CONSTITUCIONAL DEL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

1. OBJETIVO

Establecer las pautas para el adecuado desempeño del Fiscal en el rol constitucional que le asigna el modelo procesal acusatorio recogido en el Código Procesal Penal de 2004.

2. FINALIDAD

Viabilizar la labor administrativa y operativa de los despachos fiscales en el nuevo modelo procesal penal.

3. BASE LEGAL

- Constitución Política del Estado (Art. 259, Inc. 4).
- Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Decreto Legislativo N° 957 - Código Procesal Penal :
  - Libro Primero – Disposiciones Generales, Sección IV, Título I, Art. 60, inciso 2.

- Libro Segundo – La Actividad Procesal, Sección I, Título I, Capítulo 11, Art. 120, incisos 1, 2 y 4; y Art. 205.
- Libro Tercero – El Proceso Común, Sección I, Título III, Capítulo II, Art. 330, inciso 4; Sección II, Título II, Art. 351.

4. ALCANCE

La presente directiva es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los distritos judiciales en los cuales esté vigente el Código Procesal Penal de 2004, bajo responsabilidad.

5. RESPONSABILIDAD

El Fiscal Superior Decano y el Fiscal Superior Coordinador de cada Distrito Judicial son los responsables de la aplicación y ejecución de la presente directiva.

6. DISPOSICIONES

Primero: Los Fiscales dirigen la investigación del delito desde su inicio; deben participar en las diligencias policiales que dispongan, con excepción de aquellas que por razones geográficas y de urgencia puede practicar la Policía Nacional conforme a lo previsto en el Código Procesal Penal. Los Fiscales deben suscribir o firmar las actas que se redacten a consecuencia de su participación en las diligencias policiales según el inciso 4 del artículo 120 del Código Procesal Penal.

Segundo: Los Fiscales en casos de delitos graves que merecen pena superior a 4 años y que causen alarma social en la población, fuera de los supuestos de flagrancia delictiva, pueden solicitar de inmediato al Juez de la investigación preparatoria la detención preliminar, para lo cual puede hacer uso excepcional del tiempo previsto en el inc. 4 del Art. 205 concordado con el Art. 209 del Código Procesal Penal.

Tercero: En los casos que el Fiscal haya remitido una acusación al Juez de la investigación preparatoria y éste, en tiempo prudencial no señala la fecha de realización de la audiencia preliminar, el Fiscal como defensor de la legalidad por escrito y las veces que sean necesarias, debe solicitar al Juez señale día y hora para la realización de la respectiva audiencia.

7. VIGENCIA

La presente Directiva entrará en vigencia al día siguiente de su aprobación por la Fiscal de la Nación.

REGLAMENTO DEL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN

N° 003 -2008-MP-FN
LIMA, 15 ENE, 2008

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN, de fecha 15 de junio de 2006, se aprobó, entre otros documentos, el Reglamento del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos.

Que del análisis de la actividad procesal desarrollada por parte de los representantes del Ministerio Público en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad, respectivamente, se ha recogido nuevas experiencias y situaciones que adicionadas a las desarrolladas a nivel internacional ameritan un rediseño de su organización así como de los procedimientos que faciliten y contribuyan a una mejora sustancial en la atención de la víctima, permitiendo con ello un estándar de calidad propia del sistema internacional.

Que mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N°052-2008-MP-FN, de la fecha, se modificó la denominación de la Unidad de asistencia de las Víctimas y Testigos, por la denominación de Unidad Central de Atención de Víctimas y Testigos.

En uso de las atribuciones conferidas por el artículo 64 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar el Reglamento del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, el mismo que consta de veinte artículos (20) y tres disposiciones finales (03), que forman parte de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Dejar sin efecto el artículo primero de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N°729-2006-MP-FN, en el extremo que aprueba el Reglamento del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos.

Artículo Tercero.- Hacer de conocimiento la presente a la Presidencia del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Consejo Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura, Presidencia de la Comisión Distrital de Implementación del Distrito Judicial de Huaura, Fiscales Superiores Decanos a nivel nacional, Gerencia General, Gerencia Central de Recursos Humanos y Gerencia de Registro de Fiscales.

REGLAMENTO DEL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

ÍNDICE

Introducción
Disposiciones Generales
Capítulo Primero: Del Programa Nacional
Capítulo Segundo : Unidades de Asistencia a las Víctimas y Testigos
Capítulo Tercero: Competencia
Capítulo Cuarto: Procedimiento de Asistencia
Capítulo Quinto: Causales de Exclusión
Disposiciones Finales
Anexos

INTRODUCCIÓN

El Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos es un programa institucional desarrollado e implementado por el Ministerio Público cuya finalidad es diseñar y ejecutar las medidas asistenciales para víctimas y testigos que intervengan en todo tipo de investigación y/o procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencias por factores de riesgo ajenos a su voluntad durante el trámite del proceso y en salvaguarda de su bienestar físico, mental y social.

Con dicho propósito, se crean Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos las que brindarán servicios de índole médico, psicológico, legal y social, lo que va a permitir que estos conocedores directos e indirectos del delito presten un mejor apoyo en la búsqueda de la verdad y la justicia, afianzando la eficiencia dentro del proceso penal.

Este Programa se hace indispensable si se tiene en consideración que el Ministerio Publico, según el nuevo modelo procesal penal, es el encargado de la investigación y el aporte de la prueba; ello requiere que los Fiscales tengan intima cercanía con la víctima y el testigo, pues, en muchos de los casos penales, el aporte de estos sujetos procesales va a constituir el fundamento, tal vez el único, de su acusación.

Lo reseñado compromete a que el Ministerio Público no sólo defina su rol como institución persecutora del delito y del trasgresor de la norma legal, sino que también se le identifique como organismo autónomo asistente de las víctimas y testigos.

Este nuevo compromiso del Ministerio Público cuenta como base legal con los artículos 95° inciso c) numeral 1. y 170° numeral 4) del Nuevo Código Procesal Penal, los cuales hacen mención a la protección de la integridad de las víctimas y testigos; su mayor fundamento lo encontramos en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, el cual señala textualmente que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", dicho texto compromete a todos los órganos del Estado Peruano a defender permanentemente, dentro de sus fines constitucionales, a todas las personas y, más aún, a las que van a desempeñar importante función

en la búsqueda de la verdad y la lucha contra el crimen, en todas sus modalidades y manifestaciones.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- Objeto y finalidad

El presente reglamento tiene por objeto establecer las normas y procedimientos para implementar las medidas de asistencia a víctimas y testigos que intervengan en las investigaciones, procesos penales o en los procedimientos especiales, posibilitando su ejecución en forma integral cautelando sus testimonios.

Artículo 2°.- Ámbito y alcance

Las disposiciones contenidas en el presente Reglamento son de aplicación en todo el territorio nacional y de obligatorio cumplimiento por los Fiscales, por los profesionales del Instituto de Medicina Legal, Administrativos y todo el personal correspondiente.

CAPÍTULO I
DEL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículo 3°.- Definición

El Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos tiene por finalidad establecer y ejecutar las medidas asistenciales consistentes en servicios médicos, psicológicos, legales y sociales que brinda el Ministerio Publico a las victimas y testigos relacionados con todo tipo de investigaciones y procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencias por factores de riesgo ajenos a su voluntad.

Artículo 4°.- Medidas asistenciales

Las medidas que brinda el Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos son las siguientes:

- **Asistencia Médica.-** Brindar atención médica facultativa básica y urgente que requieran las víctimas y/o testigos dentro de un período máximo de 72 horas de ocurrido el agravio. Cualquier atención compleja o especializada que no pueda brindar la Unidad Distrital o la Unidad de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos, será canalizada a cualquier unidad sanitaria u hospitalaria más cercana. La Unidad Distrital o la Unidad respectiva, emitirá el informe o la evaluación forense de ser el caso.
- **Asistencia Psicológica.-** Proporcionar el soporte profesional necesario para que la víctima y/o el testigo cuenten con el apoyo y tratamiento psicológico que les permita rehabilitarse cuando el caso lo requiera, y que posibilite contar con un testimonio idóneo y firme durante la investigación y el proceso judicial.
- **Asistencia Legal.-** Instruir a las víctimas y/o testigos sobre los derechos que les asiste durante la investigación y el proceso judicial. Orientarlos respecto a las medidas de protección que pueda recibir de las entidades e instituciones correspondientes. Prepararlos debida y adecuadamente para su participación en las diligencias judiciales y, en aquellos casos en que sea estrictamente necesario, acompañarlos a la diligencia.
- **Asistencia Social.-** Evaluar la situación familiar y socio-económica de la víctima y/o el testigo. El informe social permitirá organizar e implementar la asistencia orientada a su estabilidad social, brindándole la información necesaria que posibilite dicho objetivo ante las entidades e instituciones correspondientes.

CAPÍTULO II
UNIDADES DE ASISTENCIA A VICTIMAS Y TESTIGOS

Artículo 5°.- Unidad central

La Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos es un órgano de apoyo de la Fiscalía de la Nación, y tiene como función primordial supervisar el cumplimiento del programa a nivel nacional, realizar las coordinaciones con el Programa de Protección, así como proponer

las políticas y directrices técnicas que regulen el óptimo funcionamiento de las Oficinas Distritales en cada sede.

Artículo 6°.- Integrantes

La Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos contará con un Jefe, un Fiscal Superior Coordinador y un Médico, designados por la Fiscalía de la Nación.

Artículo 7°.- Funciones de la unidad central

La Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos tendrá dentro de sus funciones las siguientes:

a. Ejecutar las políticas y directrices técnicas para el funcionamiento del programa
b. Velar por que se garántice la reserva y confidencialidad de la información.
c. Controlar la ejecución del Programa de Asistencia de las Unidades Distritales y de las Unidades de Asistencia Inmediata a nivel nacional.
d. Efectuar el informe anual al Despacho de la Fiscalía de la Nación sobre el funcionamiento del Programa.
e. Proponer anualmente el Presupuesto del Programa a ser incorporado en el Presupuesto del Ministerio Público.
f. Proponer anualmente el cuadro de necesidades a ser considerado en el presupuesto institucional.
g. Disponer otras acciones que a su criterio sean necesarias para el mejor y más eficiente desarrollo del programa.

Artículo 8°.- Unidades distritales

La Unidad Distrital de Asistencia a Víctimas y Testigos está encargada de brindar la asistencia básica y urgente de tipo médico, psicológico, legal y social, gestionando, de ser necesaria, el apoyo de instituciones para su asistencia y protección.

En cada sede de Distrito Judicial de la República se instalará una Unidad Distrital de Asistencia a Víctimas y Testigos adscrita al Despacho de la Fiscalía Superior Decana que ejerce funciones de gestión y gobierno.

Artículo 9°.- Integrantes

La Unidad Distrital de Asistencia a Víctimas y Testigos está integrada por profesionales de las siguientes especialidades: Medicina, Psicología, Derecho, Enfermería y Asistentado Social a fin de asistir a las víctimas y testigos en las especialidades que requieran.

Artículo 10°.- Funciones de las unidades distritales

Son funciones de las Unidades Distritales de Asistencia a Víctimas y Testigos:

a. Prestar la asistencia médica, psicológica, legal y de asistentazo social que requiera la víctima y/o el testigo en coordinación con el Fiscal a cargo del caso a quienes aspiren a acogerse al Programa de Asistencia.
b. Informar al Fiscal a cargo del caso respecto al desarrollo de las diferentes actividades realizadas en la aplicación de medidas de asistencia así como las propuestas y requerimientos necesarios.
c. Elaborar los informes sobre el desarrollo del Programa de Asistencia a la Unidad Central.
d. Las demás funciones que le encargue la Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos, dentro del ámbito de la normatividad pertinente.

Artículo 11°.- Unidad de asistencia inmediata

En los lugares de la República distantes a la sede del distrito judicial, donde exista Fiscalía Provincial Penal o Mixta, habrá una Unidad de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos, compuesta por profesionales en la especialidad de Medicina y Psicología, la cual prestará asistencia en dichas áreas y en caso de resultar necesaria la prestación de una mayor asistencia facultativa ésta deberá derivarse a la Unidad Distrital de Apoyo a Víctimas y Testigos de la sede respectiva.

Capítulo III
COMPETENCIA

Artículo 12°.- Competencia

Las Unidades Distritales y las Unidades de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos, están facultadas a brindar asistencia en las investigaciones y en los procesos referidos a los siguientes delitos: Homicidio, Aborto, Lesiones, Exposición a Peligro o Abandono de personas en peligro, Violación de la Libertad Personal, Violación de la Libertad Sexual, Proxenetismo, Ofensas al Pudor Público, Hurto, Robo, Abigeato, Extorsión, Peligro común, contra el Orden Migratorio, Trata de Personas, contra la Seguridad Pública y los demás que señale la Ley.

Artículo 13°.- Excepción

Cuando se solicite la asistencia en el supuesto de cualquier otro delito no comprendido en el dispositivo anterior, el Fiscal a cargo del caso deberá emitir disposición expresa y motivada que faculte su asistencia, atendiendo a la gravedad y naturaleza de la acción perturbadora.

Capítulo IV
PROCEDIMIENTO DE ASISTENCIA

Artículo 14°.-Solicitud

La solicitud del requerimiento de asistencia se presentará al Fiscal del caso en formato único por la víctima o testigo. El Fiscal también podrá disponer de oficio el procedimiento de asistencia, en caso de apreciar la existencia de un grave riesgo.

En el caso que sea el Profesional del Instituto de Medicina Legal que detecte la necesidad de Asistencia de una víctima y/o testigo lo coordinará con el Fiscal del caso para su correspondiente atención.

Artículo 15°.- Calificación

El Fiscal a cargo del caso recibirá el requerimiento de asistencia, la cual será calificada de acuerdo a las circunstancias y condiciones que evidencie la víctima o testigo, teniendo en cuenta lo siguiente:

a. Que exista nexo entre la participación del asistido con la investigación o el proceso penal
b. Que existan factores de riesgo y que no esté motivado por interés distinto que el encontrarse en situación del riesgo comprobado.
c. Que el tipo de medidas de asistencia solicitada corresponde a las específicas del Programa.
d. Que concuerde con el tipo y características del delito cometido.
e. Que existan actos de represalia o intimidación realizados o que pueda esperarse se produzcan, atendiendo a las características personales de los agentes.
f. La situación personal, familiar y procesal de quien aporta su testimonio.
g. La vulnerabilidad de las personas contempladas en el inciso "c" del numeral 1 del artículo 95° y numeral 4 del artículo 170° del Código Procesal Penal.

Admitida la solicitud se dispondrá que la Unidad Distrital o la Unidad de Asistencia Inmediata brinden la asistencia requerida.

Artículo 16°.- Acta de compromiso

La decisión de incorporación al Programa se hará constar en un acta denominada "Acta de Compromiso", que deberán suscribir el asistido, su núcleo familiar de ser el caso, y el Fiscal, debiéndose consignar lo siguiente:

Para el Asistido:

a. Colaborar con la administración de justicia.

b. Acatar las recomendaciones que le sean formuladas en materia de asistencia.

c. Utilizar correctamente las instalaciones y los demás recursos que para dicho fin el Programa de Asistencia coloque a su disposición.

d. Abstenerse de asumir conductas que irresponsablemente puedan poner en peligro su seguridad.

e. Colaborar y someterse a los tratamientos médicos, psicológicos y legales que se hubieren dispuesto

f. Observar un comportamiento ético idóneo dentro del marco del procedimiento de asistencia que se le está brindando.

g. Renunciar al programa de asistencia, cuando lo considere conveniente.

h. Solicitar su reincorporación, la que será objeto de evaluación por parte del Fiscal a cargo del caso.

Para el Programa:

a. Diseñar e implementar lo pertinente para atender las necesidades médicas, psicológicas y legales del asistido.

b. Brindar un trato digno al asistido con estricto respeto por sus derechos humanos.

c. Velar que los recursos asignados, sean correcta y adecuadamente empleados.

d. Supervisar el debido cumplimiento de las recomendaciones brindadas por la Unidad de Asistencia correspondiente.

Artículo 17º.-

El Programa no responderá por las obligaciones adquiridas por el asistido antes del acto de incorporación, así como tampoco por los ofrecimientos que hayan realizado personas o entidades no autorizadas para el cumplimiento del objeto del presente Reglamento y sus alcances.

Capítulo V
CAUSALES DE EXCLUSIÓN DEL PROGRAMA DE ASISTENCIA

Artículo 18º.-

a. Los asistidos serán excluidos por los siguientes motivos:
b. Renuncia voluntaria del asistido.
c. Negarse injustificadamente a colaborar con la administración de justicia.
d. Realizar hechos punibles que afecten gravemente la investigación o el proceso materia de asistencia.
e. Incumplir cualquiera de las obligaciones establecidas en el artículo 16° numerales a) al f) de este reglamento.

Artículo 19°.-

Cuando el asistido renuncie voluntariamente al programa, o haya sido excluido, se evaluarán las solicitudes de reincorporación por disposición expresa del fiscal, siempre que se trate de hechos nuevos o sobrevivientes que lo justifiquen.

Artículo 20°.-

La decisión de exclusión y la de aceptación de la renuncia del asistido, será adoptada por el Fiscal a cargo del caso dentro del término máximo de tres días siguientes a la materialización del hecho que la motivó, mediante acta en que se consignen las causas y condiciones. De ello se informará al renunciante o excluido.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- La Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos por encargo de la Fiscalía de la Nación realizará las coordinaciones interinstitucionales pertinentes para la implementación del Programa de

Protección de colaboradores, testigos, peritos y víctimas a que alude el artículo 252° del Código Procesal Penal.

Segunda.- La Fiscalía de la Nación dispondrá la implementación del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos, a través de los Fiscales que designe y la gestión de la Gerencia General.

Tercera.- El presente Reglamento entrará en vigencia progresiva en los Distritos Judiciales conforme al calendario aprobado por Decreto Supremo N°007-2006-JUS, modificado por el Decreto Supremo N°005-2007-JUS, de fecha 05 de mayo del año 2007.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de abril
del año 2009, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)