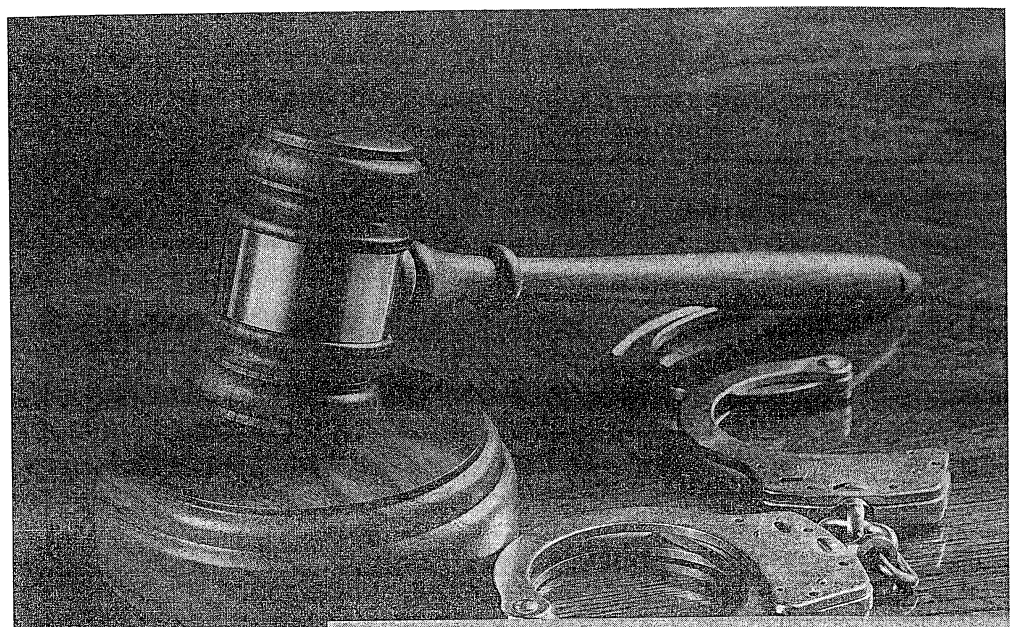
EL PROCESO PENAL COMÚN
Aspectos teóricos y prácticos



VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA

EL PROCESO PENAL COMÚN

Aspectos teóricos y prácticos

GACETA JURIDICA

Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

345.2 Cubas Villanueva, Víctor, 1947-
C94P El proceso penal común : aspectos teóricos y prácticos / Víctor Cubas Villanueva. --1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2017 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
374 p. ; 18 cm.

Bibliografía: p. 359-367.

D.L. 2017-09049
ISBN 978-612-311-482-4

1. Derecho procesal penal - Perú 2. Procedimiento penal - Perú
3. Justicia penal, Administración de - Perú I. Gaceta Jurídica (Lima)
II. Título

BNP: 2017-2638

EL PROCESO PENAL COMÚN
Aspectos teóricos y prácticos

© Víctor Cubas Villanueva
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: Agosto 2017
6610 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-09049
ISBN: 978-612-311-482-4
Registro de proyecto editorial
31501011700783

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetapenal.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Agosto 2017

Introducción

En esta oportunidad presentamos ante la comunidad jurídica nacional un libro sobre la estructura del proceso penal común y sus aspectos teóricos y prácticos; diseñado por el Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio del 2004 que fue puesto en vigencia progresiva a partir del 1 de julio del 2006.

Han transcurrido más de once años desde que entró en vigencia el Código Procesal Penal y a la fecha rige en 29 de los 33 distritos judiciales, abarcando más del 90 % del territorio nacional, territorio en el que vive aproximadamente el 60 % de la población peruana. Solo falta la parte central del departamento de Lima, en cuyo territorio vive aproximadamente el 40 % de la población peruana restante, y que corresponde a los distritos judiciales de Lima Este, Lima Sur, Lima Centro, los cuales entrarán en reforma conforme al siguiente cronograma:

- Lima Norte, primero de julio de 2018.
- Lima Este, primero de julio de 2019.
- Lima Sur y Lima Centro, primero de julio de 2020(*)

El nuevo Código Procesal Penal pese a su corta existencia ha sufrido sucesivas e importantes modificaciones, primero como consecuencia de la Ley N° 30076 contra la inseguridad ciudadana, así como de la Ley N° 30077 contra el crimen organizado; dichas leyes que fueron promulgadas durante el gobierno anterior de Ollanta Humala Tasso. El año pasado, y en lo que va del presente año durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, se han producido modificaciones en la legislación procesal dispuestas en un conjunto de decretos legislativos promulgados por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades concedidas por

(*) DECRETO SUPREMO Nº 015-2017-JUS, que modifica el calendario oficial de aplicación progresiva del Código Procesal Penal; promulgado a los veintiocho días del mes de junio del año dos mil diecisiete.

Ley N° 30506 para legislar en materia de "reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción (...)".

El trabajo que hemos elaborado para Gaceta Jurídica contiene todas las modificaciones y, en consecuencia, es lo más actualizado en materia procesal penal hasta el presente mes de julio de 2017. Dicho trabajo consta de cuatro capítulos: El primero está referido a las estructura del proceso común; el segundo abarca las diligencias preliminares y la investigación preparatoria; en este hemos desarrollado la finalidad y los plazos de las diligencias preliminares, y las formas de conclusión de esta fase preliminar. Asimismo desarrollamos lo concerniente a la investigación preparatoria propiamente dicha, su finalidad, sus plazos, sus características, la intervención de la Policía Nacional en la investigación, las facultades que tiene el fiscal como director de la investigación y el rol del juez de la investigación preparatoria. Además hacemos mención a las audiencias que se llevan a cabo en esta etapa procesal.

En el capítulo tercero tratamos de la etapa intermedia, su finalidad, las actividades que se desarrollan como el requerimiento de sobreseimiento, el requerimiento de acusación y las audiencias de control que se desarrollan en esta etapa procesal.

En el capítulo cuarto desarrollamos lo relacionado con la etapa de juicio oral o juzgamiento, su finalidad e importancia, el rol del juez penal o juez de conocimiento, los principios de esta etapa procesal y el desarrollo de la actividad probatoria. Concluimos (haciendo mención a la impugnación, la apelación y la casación), con el problema que plantea la condena del absuelto en primera instancia por la Sala Superior al conocer el recurso de apelación.

En el desarrollo de este trabajo ponemos especial énfasis en el cumplimiento de los roles institucionales: al fiscal le corresponde investigar, desarrollar todo el ciclo de la investigación y lo hace con plenitud independencia y autonomía, respetando escrupulosamente los principios de legalidad y objetividad y las garantías procesales; a los jueces les corresponde el control jurisdiccional de la investigación ejerciendo su verdadero rol de garantes de la vigencia plena de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, los Tratados Internacionales y la legislación procesal, además tienen la facultad de decidir,

de resolver el conflicto, ejerciendo sus facultades con independencia e imparcialidad.

Queremos dejar sentado que para ejercer estas funciones, es decir, para el ejercicio de las funciones relacionadas con la administración de justicia, se requiere tener un perfil especial, hay que tener vocación de servicio, integridad moral y honestidad, una sólida formación en valores, personalidad y carácter, compromiso con la defensa de los Derechos Humanos, solvencia profesional. Para desarrollar esta actividad profesional, más que para cualquier otra, no se puede tener una actitud pusilánime, ni timorata, ni mucho menos podemos estar pensando en cómo reaccionaran frente a nuestras decisiones, quienes ocasionalmente detentan el poder. Los fiscales investigamos y al culminar esta tarea acusamos cuando hay suficientes elementos probatorios para fundamentar una acusación, de lo contrario formularemos un requerimiento de sobreseimiento. Los jueces ejercen funciones de control y de decisión y en esta última actividad aplicarán la ley caiga quien caiga. Jueces y fiscales solo están sometidos a la Constitución y a la ley constitucional y actúan teniendo fe en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana, en la justicia como destino normal del Derecho, en la paz como sustituto bondadoso de la justicia, y sobre todo teniendo fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni justicia, ni paz.

Capítulo I

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL COMÚN

Capítulo I
Estructura del proceso penal común

I. ANTECEDENTES

El Código de Procedimientos Penales de 1940 que obedecía al sistema procesal mixto, diseñó el **Proceso Penal Ordinario**, dividiéndolo en dos etapas, (art. 1):

1. La instrucción o investigación judicial, y
2. El juicio o juzgamiento.

La instrucción o investigación judicial era la primera etapa del proceso penal, se desarrollaba ante el juzgado de instrucción, era dirigida por el juez instructor (art. 49) que tenía su sede en la capital de la provincia, quien tenía amplios poderes para iniciar el proceso, para disponer de oficio la imposición de medidas coercitivas, fundamentalmente la prisión provisional que tenía una duración máxima de 10 días, al término de los cuales debía decidir si ponía en libertad al procesado o si decretaba la detención definitiva (art. 79), y en verdad no estaba sujeta a plazo alguno. Además dirigía la actividad probatoria y en consecuencia podía disponer la realización de medios de investigación, pero como la confesión era la reina de las pruebas, y en muchos casos lo único que se buscaba era obtener una declaración auto inculpatoria; en este contexto el silencio del imputado era considerado como un indicio de responsabilidad penal (art. 127).

El Ministerio Público tenía una intervención pasiva, al extremo que el juez podía nombrar un promotor fiscal, pudiendo recaer

el nombramiento en cualquier ciudadano. La policía tenía facultades para detener con fines de investigación y si bien es cierto se reconocía el derecho de defensa, este era ejercido con muchas limitaciones y se establecía expresamente que el inculpado podía renunciar a este derecho si estaba capacitado para prestar declaración, (art. 121). En conclusión, esta etapa tenía las características del sistema inquisitivo: instrucción secreta, escrita, burocrática con serias limitaciones para el ejercicio de la defensa.

El **juicio o juzgamiento**, segunda etapa del proceso penal, se desarrollaba en instancia única, ante un juez colegiado integrado por tres magistrados superiores, que tenían su sede en la capital del distrito judicial, (capital del departamento); actuaban bajo la vigencia de los principios rectores del proceso penal: acusatorio, contradicción, igualdad de armas, defensa, oralidad, publicidad, etc. pero los jueces interrogaban a las partes y podían disponer prueba de oficio, en tanto que el abogado defensor interroga por medio del juez. Esta etapa tenía las características del sistema acusatorio. En este proceso las resoluciones del juez instructor podían impugnarse a través del recurso de apelación que era resuelto por la Sala Superior; y las sentencias eran impugnadas a través del Recurso de Nulidad que era resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema, que para el efecto tenía plenos poderes, podía confirmar la sentencia, modificarla disminuyendo o aumentando la pena, podía absolver al condenado. Pero si consideraba que el absuelto debía ser condenado, declaraba nulo el juicio y ordenaba que se haga nuevo juicio.

Sin embargo, la estructura de este proceso no fue respetada plenamente. En efecto a los pocos años de vigencia del CdPP se introdujo el **Proceso Penal Sumario**, como una medida de emergencia y, por lo tanto, era excepcional y provisional, para ser aplicado a muy pocos delitos leves, tales como lesiones, hurto, daños, omisión de asistencia familiar. Este procedimiento se limitaba a la etapa de instrucción o investigación que tenía plazo de dos meses, con una posibilidad de ampliación por un mes. A su conclusión el fiscal emitía dictamen y en mérito del mismo, resolvía el mismo juez instructor, dictando el auto de sobreseimiento o la sentencia, pero en este caso sin hacer el juzgamiento.

En 1981 mediante Decreto Legislativo N° 124[1] se reguló este procedimiento ampliando su ámbito de aplicación, a más o menos el 50 % de tipos penales, pero sin modificar su estructura. Y en 1996 se amplió nuevamente su ámbito de aplicación, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 26689[2] alcanzando más del 90 % de tipos penales. Con lo cual luego de ser la excepción pasó a ser la regla; pese a la evidente violación del debido proceso y a la manifiesta inconstitucionalidad del procedimiento.

Esta estructura del proceso penal ha sido modificada totalmente como consecuencia de la reforma procesal penal, que tiene sus antecedentes más remotos en las disposiciones de la Constitución Política inicialmente aprobada por el Congreso Constituyente elegido en 1978 y que entró en vigencia plena en 1980 al restituirse el sistema democrático del gobierno y luego en la Constitución que entró en vigencia en enero de 1994. Esas normas están contenidas básicamente en el Título I que reconoce los derechos fundamentales de la Persona y en el Capítulo VIII del Título IV, que reconoce los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Al respecto sostiene el Doctor San Martín Castro "es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no solo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (art. 138, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados –de un lado– por el derecho de perseguir o de acusar que ejercita el Ministerio Público (art. 159, incs. 4 y 5 de la Const.), paralelo

(1) Decreto Legislativo N° 124 promulgado al amparo de las facultades legislativas otorgadas al Poder Ejecutivo para adecuar la legislación penal y procesal penal a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado.

(2) Ley N° 26689 promulgada el 30 de noviembre de 1996. Establecen delitos cuyos procesos se tramitarán en la vía ordinaria: a) en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: los de parricidio previstos en el artículo 107 y asesinato tipificados en el artículo 108. b) En los delitos contra la Libertad: Los de violación de la libertad personal previstos en el artículo 152. Los de violación de la libertad sexual previstos en el artículo 173. c) En los delitos contra el patrimonio: El de robo agravado previsto en el artículo 189. d) En los delitos contra la Salud Pública: Los de tráfico ilícito de drogas previstos en los artículos 296, 296A, 296B, 296C y 297. e) En los delitos contra el Estado y la Defensa Nacional: Todos los previstos en el Titulo XV. f) En los delitos contra los Poderes del Estado y el orden constitucional: Todos los previstos en el Título XVI. g) En los delitos contra la Administración Pública: Los de concusión tipificados en la Sección II. Los de peculado señalados en la sección III. Los de corrupción de funcionarios previstos en la Sección IV. Artículo 2. Todos los demás delitos previstos en el Código Penal se sujetan al trámite sumario.

al derecho de punir que corresponde al juez (arts. 138° y 139° inc. 10 Const.) y –de otro– por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (art. 2°.24 y 139°.14 Const.)"[3].

Este proceso de reforma ha girado fundamentalmente en torno a grandes temas, entre los cuales tenemos:

1. La **reconfiguración institucional del Ministerio Público**, lo que quedó plasmado en la Constitución Política del Estado que entró en vigencia en el año 1980, ubicándolo como un organismo extra poder, autónomo, cuya misión era la persecución del delito. A partir de entonces los jueces no tienen facultades para investigar.
2. El reconocimiento de **facultades discrecionales** para los fiscales con el fin de que puedan mantener la carga del sistema judicial en niveles racionales, que se produce con la aprobación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N° 052 en marzo de 1981. A partir de entonces el Ministerio Público practica la investigación preliminar o previa y al culminarla pueden disponer el archivo provisional o definitivo de la denuncia.
3. La incorporación de las **salidas alternativas**: principio de oportunidad y acuerdos reparatorios, para solucionar el conflicto penal. El principio de oportunidad fue incorporado en el artículo 2 del Código Procesal Penal de 1991 y los acuerdos reparatorios fueron incorporados por Ley N° 28117 del año 2003.
4. La incorporación de **mecanismos de celeridad procesal**, lo que ocurre a partir de 1995, con la Ley N° 26320 que regula la terminación anticipada de proceso, aplicable a algunos tipos penales de tráfico ilícito de drogas y a delitos tributarios y aduaneros. Luego en el año 2003 con la Ley N° 28122 se regula dos instituciones:
   a. La conclusión anticipada de la instrucción en delitos leves descubiertos en flagrancia, o para los casos en que

(3) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda edición actualizada y aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima Perú, p. 79.

existiera suficiencia probatoria o se hubiese producido la confesión sincera, (este es el antecedente del proceso inmediato); institución que no tubo acogida y su aplicación fue nula.

b. La conclusión anticipada del juicio en los casos en que el imputado se allanaba a los términos de la acusación fiscal, esta institución técnicamente es la conformidad penal.

Entre los primeros actos concretos de reforma tenemos la incorporación de la **investigación preliminar** que se hizo al dictarse la Ley Orgánica del Ministerio Público, pero que no tuvo mayor regulación y en consecuencia, a la postre no cambio en nada la estructura y el desarrollo de la investigación.

El nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004, hace una recopilación en un solo texto normativo, de la dispersa legislación procesal producida desde 1980 y con una sola orientación, proceso penal acusatorio, adecuando la normatividad procesal a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado y los Tratados Internaciones de Derechos Humanos suscritos por el Perú; dentro de ese marco conceptual se encuentra el reordenamiento de las atribuciones del Ministerio Público respecto a la investigación preparatoria.

El nuevo CPP contiene un Título Preliminar sobre los principios rectores del Proceso Penal: Presunción de inocencia, interdicción de la persecución penal múltiple, titularidad de la acción penal, competencia de los órganos jurisdiccionales; legalidad de las medidas limitativas de Derechos, legitimidad de la prueba, inviolabilidad de Derecho de Defensa, en ese contexto se configura una nueva estructura para el proceso penal.

II. ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL COMÚN EN EL NCPP

"El Código Procesal Penal establece un trámite común para todos los delitos contenidos en el Código Penal, dejando atrás el procedimiento ordinario (mixto) y el inconstitucional procedimiento sumario (inquisitivo), caracterizado por ser eminentemente escrito, reservado y sin juicio oral.

Dicho "proceso común" cuenta con tres etapas: 1) La investigación preparatoria. 2) La etapa intermedia y 3) La etapa de juzgamiento o juicio oral"[4].

El nuevo proceso penal tiene carácter acusatorio, las funciones de investigación y de decisión están claramente definidas y delimitadas y se llevan a cabo por órganos diferentes: El Ministerio Público encargado de investigar con el auxilio de la Policía Nacional y los órganos jurisdiccionales que se encargan del control de la investigación y de decidir, de fallar. El proceso se basa en los principios acusatorio, de contradicción, de igualdad de armas. El derecho de defensa es irrenunciable. En este proceso se abandona el interrogatorio como método principal de averiguación de la verdad y se privilegia la investigación basada en el conocimiento científico.

(4) SALAS BETETA, Christian. *El Proceso Penal Común*. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera edición, junio de 2011, p. 81.

Capítulo II

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Capítulo II
La investigación preparatoria

La investigación preparatoria es única, dinámica, flexible y se desarrolla bajo la dirección del fiscal. Este no hace un trabajo de escritorio, sino de campo y de laboratorio. La policía interviene como órgano de auxilio y está obligada a prestar apoyo al Ministerio Público, puede recibir denuncias e intervenir en la realización de diligencias preliminares, debiendo dar cuenta al fiscal, a quien le corresponde dictar las instrucciones pertinentes y controlar que el apoyo policial se realice dentro del marco constitucional y el respeto a los Derechos Fundamentales.

Formando parte de la investigación preparatoria el CPP regula una fase previa denominada **Diligencias Preliminares**, con finalidad, plazo y características propias, señaladas expresamente en el Código, conforme pasamos a ver.

I. LA DENUNCIA Y LOS ACTOS INICIALES DE INVESTIGACIÓN

Se entiende por **denuncia** el acto de poner en conocimiento de una autoridad la comisión de un hecho delictivo, a fin de que se practique la investigación pertinente. En el manual operativo de diligencias especiales del CPP de 1991 preparado por el Ministerio Público, se define a la denuncia como "la manifestación verbal o escrita, que se hace ante la fiscalía competente o autoridad policial, de la perpetración de hechos delictuosos, que dan lugar a una acción penal ya sea pública o privada". Alberto BINDER lo resume como, "el acto mediante el cual una persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial,

lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal"(5).

El artículo 1 concordante con los artículos 60 y 329 del CPP establecen que el Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal, inicia los actos de investigación cuando toma conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso y que puede actuar de oficio, a instancia de la víctima o el agraviado por el delito, por acción popular o por noticia policial. Se entiende que esta denuncia la pueden formular ante la autoridad policial o ante el Ministerio Público y en la mayoría de los casos se refiere a la *notitia criminis*, esto es, la primera noticia que se tiene de la comisión de un delito.

El CPP no define qué es la denuncia, sin embargo, sus normas están redactadas con mayor técnica legislativa y contienen mayores precisiones respecto al tema. En efecto el artículo 326 establece que cualquier persona está facultada para denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público y señala al mismo tiempo quiénes están obligados a formularla:

1. **Quienes están obligados a hacerlo** por expreso mandato de la ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de sus actividades, así como los educadores por los delitos que hubieran tenido lugar en el centro educativo.
2. Los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible.

Además el artículo 327 establece **quiénes no están obligados a hacerlo**, disponiendo que nadie está obligado a formular denuncia contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional.

En cuanto al **contenido y a la forma de la denuncia**, el artículo 328 establece que toda denuncia debe contener la identidad del denunciante,

(5) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad-Hoc, Argentina, 1993, p. 210.

una narración detallada y veraz de los hechos y de ser posible la individualización del presunto responsable. Además establece que las denuncias pueden hacerse por cualquier medio. Si es escrita, el denunciante la firmará y colocará su impresión digital. Si es verbal, se sentará el acta respectiva. En ambos casos si el denunciante no puede firmar se limitará a colocar su impresión digital, dejándose constancia del impedimento en el acta.

No está demás señalar que **la denuncia debe contener la relación circunstanciada del hecho reputado criminal**, con expresión del lugar, tiempo y modo como fue perpetrado; los nombres de los autores y cómplices, así como de las personas que lo presenciaron o pudieron tener conocimiento de su perpetración y todas las indicaciones y demás circunstancias que puedan conducir a la comprobación del delito, a la determinación de su naturaleza o gravedad y a la averiguación de las personas responsables.

Esta denuncia de parte, dará lugar a que la autoridad practique **las diligencias preliminares,** que a diferencia de la regulación anterior tienen plazo y finalidad expresamente establecidos. Una vez realizadas estas acciones, urgentes e inaplazables, el fiscal provincial calificará el resultado para **decidir la formalización y continuación de la investigación preparatoria** o el archivo de la investigación.

Para decidir la formalización y continuación de la investigación preparatoria, el fiscal provincial debe determinar si existe causa probable, esto es, que el hecho denunciado constituya delito, que se haya individualizado plenamente a su presunto autor o autores y que la acción penal esté expedita, es decir, que no haya prescrito. En el proceso acusatorio el fiscal provincial no denuncia sino más bien, recibe la *notitia criminis* y conforme a las normas del Código Procesal decidirá iniciar los actos de investigación, practicándolos por sí mismo con auxilio de la Policía Nacional o disponiendo que la policía la practique, pero bajo dirección del fiscal.

Respecto a las formas de iniciar la investigación el artículo 329 establece que el fiscal inicia los actos de investigación cuanto tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes. El fiscal la inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública; lo que

está de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 052 de la LOMP que establece: "el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra las cuales la ley la concede expresamente".

II. DILIGENCIAS PRELIMINARES Y FACULTADES DISCRECIONALES DEL FISCAL

La creación del Ministerio Público como órgano constitucional autónomo sentó las bases para establecer un nuevo sistema procesal en el que las funciones de persecución y de decisión sean llevadas a cabo por órganos diferentes. Al Ministerio Público le corresponde la persecución del delito, la investigación, en tanto que los órganos jurisdiccionales se encargan exclusivamente del control de la investigación y de la etapa decisoria, del juzgamiento. Con ello se convirtió al fiscal en investigador, para sustituir al juez instructor y desaparecer la instrucción escrita, reservada y burocrática.

Sin embargo, la LOMP aprobada por Decreto Legislativo N° 052[6] no reguló el desarrollo de la investigación preliminar a cargo del fiscal y cuando establece sus atribuciones en el inciso 2 del artículo 94, incurriendo en una grave contradicción, dispone que "denunciado un hecho que se considere delictuoso (...) si el fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente, abrir **investigación policial** para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el juez especializado en lo penal (...)". De esa manera recortó las facultades de investigación del fiscal, reduciéndolas al ámbito de la investigación preliminar y mantuvo la figura del juez instructor y la instrucción escrita y reservada, propia el sistema inquisitivo.

La investigación preliminar podía ser realizada por el fiscal en su despacho o por la policía bajo la supervigilancia del fiscal con el fin de determinar: i) Si el hecho denunciado es delito, ii) Si se ha individualizado a su presunto autor, y iii) Si la acción penal no había prescrito. Si no existía alguno de esos requisitos, el fiscal debía archivar provisional o definitivamente la investigación, en ejercicio de las facultades

(6) Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, promulgado el 10 de marzo de 1981.

discrecionales propias del Ministerio Público, otorgadas para que tengan a su cargo la tarea de selección de casos con el objetivo final que el sistema judicial no esté saturado de causas. Sin embargo, esas facultades no han sido ejercidas plenamente; en la práctica, el Ministerio Público ha sido una mesa de partes de la policía y legitimaba el trabajo de ella al formalizar una denuncia por el mérito del atestado policial, omitiendo en muchos casos ejercer sus funciones de control jurídico.

Como no existió regulación legal sobre la investigación preliminar, los fiscales no sabían cuál era su finalidad, cuáles eran sus facultades para desarrollar esa actividad, ni el plazo en que podían hacerla, vr. gr. ¿podía el fiscal nombrar peritos? Si la respuesta es positiva, ¿en qué dispositivo legal se le autoriza para tal efecto? Si la respuesta es negativa, ¿cómo podría el fiscal determinar la naturaleza delictiva de un hecho? Por lo demás, no se produjo cambio alguno, porque los fiscales en la fase preliminar, investigaron de la misma manera que lo hacían los jueces instructores.

Solo después de veinte años de vigencia de la LOMP, con la finalidad de permitir el desarrollo de la investigación preliminar, se dictaron medidas legislativas; como lo sostiene César SAN MARTÍN: "en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y los delincuentes peligrosos cuya conducta afecta bienes jurídicos de especial relevancia, desde hacía mucho tiempo se había notado una grave ausencia normativa y un inusitado desencuentro entre la legislación procesal vigente –confusa y asistemática– y las exigencias de eficacia de la persecución penal. El viejo Código de Procedimientos Penales de 1940, no contempló la investigación preliminar del delito para definir los marcos necesarios que permitan inculpar formalmente a una persona por la comisión de un delito"(7), por ello fue necesario dictar a partir de diciembre de 2000 las siguientes leyes:

1. Ley N° 27378 que establece **beneficios por colaboración eficaz.**
2. Ley N° 27379 sobre **medidas limitativas de derechos** frente al riesgo de ineficacia en atención al peligro por la demora.

(7) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Legislación penal contra los delitos de corrupción.* Instituto de investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos, Ministerio Público. Lima, 2001, p. 218.

3. Ley Nº 27380 que faculta al **Fiscal de la Nación** a designar equipos de fiscales para casos complejos y fiscales para determinados casos.
4. Ley Nº 27399 que faculta al Fiscal de la Nación a practicar investigación preliminar a los altos funcionarios del Estado y a promover la denuncia constitucional ante el Congreso.
5. Ley Nº 27697 sobre **intervención y control de comunicaciones** y documentos privados.
6. Ley Nº 27934 que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar.

Como vemos, aquella disposición de la Ley Orgánica del Ministerio Público fragmentó la investigación, dio lugar a una innecesaria repetición de las diligencias y produjo, lo que autores argentinos denominan confusión de roles, pues ni el fiscal, ni el juez cumplían las funciones encomendadas por la Constitución. El fiscal no agotaba la investigación, pues consideraba que lo haría el juez en la etapa de instrucción. El juez no tenía posibilidades reales para investigar y al pretender hacerlo, abandonaba la función de juzgar, pero condenaba sin previo juicio (proceso sumario) sustentando su sentencia en el mérito de las diligencias sumariales, con lo que violaba normas esenciales del debido proceso.

En 1991 el CPP otorga al fiscal atribuciones para abstenerse de ejercitar la acción penal en determinados supuestos, en aplicación del **principio de oportunidad** introducido por el artículo segundo. Estas normas han sido aplicadas, pero no se han alcanzado los objetivos propuestos, como solucionar el conflicto penal en la etapa temprana de investigación. El principio de oportunidad tampoco tuvo acogida, ni fue aplicado plenamente y los pocos casos en que se ejercieron, no tuvieron representación estadística, v. gr. en Lima en el año 2002 ingresaron 40,000 denuncias y solo se aplicó principio de oportunidad en 25 casos.

En 1994 entró en vigencia una nueva Constitución Política. En el artículo 159 se establecen las funciones del Ministerio Público, ratificando la función persecutoria del delito y el rol del fiscal en la investigación. En el inciso 4 dispone, que le corresponde:

"Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función".

Entonces **legalmente desapareció la investigación policial** y solo quedó la investigación preliminar que el fiscal debía conducir desde su inicio, asumiendo plenamente la titularidad de la investigación, tarea que debe realizar con plenitud de iniciativa y autonomía, para el desarrollo de la investigación preliminar cuenta con el auxilio de la Policía como órgano de apoyo técnico.

Como podemos apreciar, en nuestro país las funciones y atribuciones del Ministerio Público han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, que estaba limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, conforme al CdePP de 1940; pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979 hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente y el Código Procesal Penal de 2004 promulgado por Decreto Legislativo N° 957, convirtiendo así al fiscal en Investigador. Con esto se ratifica la voluntad del legislador de implementar un nuevo sistema procesal penal acusatorio.

El CPP de 2004 ratifica la opción acusatoria y delimita con precisión la competencia de los órganos encargados de administrar justicia penal. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar, modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076[8] establece que: "El Ministerio Público, es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional (...). El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa

(8) Ley N° 30076 para combatir la inseguridad ciudadana, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de agosto de 2013 modifica los artículos IV del Título Preliminar, 2, 32, 65, 67, 84, 85, 160, 161, 170, 268, 269, 274, 286, 287, 311, 332, 334, 386, 471 y 523 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957.

y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos". Por otro lado, el artículo V delimita la competencia de los órganos jurisdiccionales, a los que corresponde realizar los actos de control previstos en el código, la dirección de la etapa intermedia y, especialmente del juzgamiento, así como la expedición de las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.

1. Las diligencias preliminares en el NCPP

El artículo 65 del CPP, modificado por la Ley N° 30076[9] dispone en el apartado 1 que: "el Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. Con la finalidad de garantizar la mayor eficacia en la lucha contra el delito, el Ministerio Público y la Policía Nacional deben cooperar y actuar de forma conjunta y coordinada, debiendo diseñar protocolos de actuación, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 69 y 333.

El apartado 2 del artículo 65 dispone que el fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional. Cuando ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará:

a. Su objeto.

b. Las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez, porque corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso.

La función de investigación de la Policía Nacional, estará sujeta a la conducción del fiscal, en consecuencia, este programará y coordinará con quienes corresponda, sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. A su vez, garantizará el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

(9) Ley N° 30076 para combatir la inseguridad ciudadana, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 20 de agosto de 2013.

El fiscal, en el marco de un proceso acusatorio, debe abandonar la actitud pasiva y burocrática con que actúa en el marco del CdePP y tiene que cambiar radicalmente el método de investigación, tiene que abandonar el método de entrevista para adoptar el método científico y técnico, recurriendo a la criminalística. El artículo 330°.3 concordante con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que:

> "El fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios para efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos e impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y se altere la escena del delito".

Para esto indudablemente se requiere contar un **equipo básico de apoyo** que puede estar integrado por el fiscal, director de la investigación, un policía experto en investigación criminal y por Peritos, quienes realizarán una inspección técnico criminalística en la escena del delito, con el fin de decidir la estrategia de investigación y disponer luego la intervención de otros peritos de acuerdo a la naturaleza del caso concreto. Además deberá contar con apoyo logístico que permita su rápido desplazamiento al lugar de los hechos o escena del delito.

2. Finalidad de las diligencias preliminares

El artículo 330 que regula expresamente el desarrollo de las diligencias preliminares, establece que tienen por **finalidad inmediata**:

a. Realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto, de conocimiento y su delictuosidad.

b. Asegurar los elementos materiales de su comisión.

c. Individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados.

Todo lo cual le permitirá alcanzar su **finalidad mediata**: determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.

3. Plazos para las diligencias preliminares

Dada la finalidad específica de las diligencias preliminares, **el plazo para su realización,** conforme a la modificación del artículo 334 inciso 2, dispuesta por la Ley N° 30076, es de **sesenta días**[10], salvo que se produzca la detención del imputado, eventualidad en la cual el plazo máximo será de **48 horas** o el término de la distancia, conforme a lo dispuesto por la Constitución Política, salvo los casos de delitos exceptuados: Terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y los delitos cometidos por organizaciones criminales, casos en los que la detención puede durar hasta **quince días naturales**[11]. En este tema debemos considerar además las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1298[12] respecto a **detención preliminar judicial y la detención judicial en caso de flagrancia** para lograr una eficaz persecución y oportuna sanción del delito. En efecto el apartado 2 del artículo 264 establece que la detención preliminar judicial, esto es la detención que solicita el fiscal durante la realización de las diligencias preliminares, dura **72 horas** y que excepcionalmente, si subsisten los requisitos establecidos en el numeral 1 del artículo 261 y se presenten circunstancias de especial complejidad en la investigación, puede durar un plazo máximo de **siete días.** El apartado 3 establece que en los delitos cometidos por organizaciones criminales, la detención preliminar o la detención judicial por flagrancia puede durar un **plazo máximo de diez días.** La detención judicial en caso de flagrancia la solicitará el fiscal al

(10) Artículo modificado por la Ley N° 30076 ampliando el plazo que originalmente se había fijado en veinte (20) días a sesenta días (60).

(11) Conforme a lo dispuesto por la Ley N° 30558 que reforma el literal f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, publicada en el boletín de Normas Legales del diario oficial *El Peruano* el 9 de mayo de 2017. Cuyo texto queda redactado de la siguiente manera: "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia, (...) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durara más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y en todo caso el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de 48 horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales (...)".

(12) Decreto Legislativo N° 1298 promulgado por el Poder Ejecutivo el 6 de enero de 2017 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506, modifica los artículos 261, 264, 266 y 267 del Código Procesal Penal, que regulan la detención preliminar judicial y la detención judicial en caso de flagrancia.

juez de la investigación preparatoria dentro de las doce (12) horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional[13].

No obstante ello el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, pero en ningún caso este plazo puede ser mayor al de la investigación preparatoria, es decir **120 días naturales**, así está establecido en el auto de Casación N° 02-2008-La Libertad[14]. Lo que ha sido complementado con lo dispuesto en el auto de Casación N° 144-2012-Áncash, el que establece: "tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses".

¿Pero qué nos asegura que estos plazos se cumplan? El CdePP está plagado de plazos que nunca se han cumplido. La diferencia, radica en que el CPP tiene mecanismos para velar por su cumplimiento y establece que quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda, pero si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este podrá acudir al juez de la investigación preparatoria, instando su pronunciamiento. El juez Previa audiencia de control del plazo, resolverá el caso, con la participación del fiscal y del solicitante.

En el auto de Casación N° 02-2008-La Libertad, se sostiene respecto a este tema: "(...) en doctrina se hace 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 (establecido 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 el término integra tan solo su vencimiento o final; en ese contexto, en el presente caso, se trata de

(13) El artículo 266 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1298 regula los requisitos y el procedimiento para solicitar y disponer la "Detención judicial en caso de flagrancia".

(14) Auto de Casación N° 02-2008-La Libertad. Emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el tres de junio de 2008. Fundamento sexto.

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"(15)

Finalmente debe tenerse en cuenta que **las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria,** no podrán repetirse una vez formalizada la investigación (337.2), sin embargo procede la ampliación de una diligencia si resultara indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente, deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción. La jurisprudencia de la Corte Suprema reafirma esta característica de la investigación al sostener: "(...) 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 esta 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 estatuido 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 a 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 investigación preparatoria, presenta a su vez dos subetapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda 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 lo 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"(16).

(15) Auto de Casación N° 02-2008-La Libertad. Emitido el tres de junio de 2008. Fundamento décimo segundo.
(16) Auto de Casación N° 02-2008-La Libertad. Emitido el tres de junio de 2008. Fundamento sétimo.

JURISPRUDENCIA

EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES
Sala Penal Permanente
Casación Nº 02-2008-La Libertad
Auto de casación

Que, finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cuál 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 (fundamento décimo segundo).

Lima, tres de junio de dos mil ocho.

AUTOS y **VISTOS:** interviniendo como 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 José 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 aprecia de folios uno, el señor Abogado defensor del inculpado José Luis Montero Saldaña, en virtud del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y tres del Código Procesal Penal, solicitó al juzgado que se dé por concluida la investigación preparatoria, al considerar que ha excedido en el límite que permite la citada norma y se programa 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 infundada 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 él 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, solo 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 solo 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.

Sexto: Que, el tema fundamental del 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 los diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria, y esto 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 estatuido 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 subetapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la 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 la 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 el Código Procesal Penal, la 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 plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cuál 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 La 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 el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, 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 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; conforme a los argumentos que se señalan en la 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.

SS. SIVINA HURTADO; PONCE DE MIER; URBINA GANVINI; PARIONA PASTRANA; ZECENARRO MATEUS

EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN CASOS COMPLEJAS

Sala Penal Permanente

Casación N° 144-2012-Áncash

Sentencia de casación

Que, así las cosas, y teniendo en cuenta las pautas instauradas en la jurisprudencia nacional, especialmente a través de la Casación número dos - dos mil ocho, que prescribe, que la fase de diligencias preliminares no puede ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, esto es, de ocho meses; y en aplicación del artículo

trescientos treinta y cuatro inciso dos, en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar; por lo que, se debe establecer como doctrina jurisprudencial que: "tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses"; *considerándose proceso complejo, cuando; a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados, d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado (fundamento décimo).*

Lima, once de julio de dos mil trece.

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra el auto de vista de fojas ciento cuarenta y nueve, de fecha cinco de marzo de dos mil doce, que declaró infundado el recurso de apelación que interpuso, contra la resolución que confirmando la resolución de primera instancia de fojas ciento cuarenta y uno del trece de diciembre de dos mil once, declaró fundado el control del plazo en etapa preliminar solicitado por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar contra el Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Judicial de Áncash, otorgándole al señor fiscal un plazo de diez días hábiles a efectos de emitir pronunciamiento si formaliza o no la investigación preparatoria; en la investigación que se le viene realizando por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio del Gobierno Regional de Áncash; interviene como ponente la Señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Del itinerario del proceso:

I. **Planteamiento del caso:**

Primero: Que, por escrito de fojas uno el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar solicitó al juez de la investigación preparatoria de Huaraz, se controle el plazo de las investigaciones preliminares dispuesto por el señor fiscal, por haber excedido el límite temporal fijado por nuestro ordenamiento jurídico procesal, contenido en la carpeta fiscal número cuarenta y cinco - dos mil diez que viene conociendo la Fiscalía Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio del Gobierno Regional de Áncash.

Que, por resolución del trece de diciembre de dos mil once de fojas ciento cuarenta y uno, el juez declaró fundado el control de plazo en etapa preliminar y ordenó que en el término de diez días hábiles, el señor fiscal a cargo del caso, emita su pronunciamiento sobre si formaliza o no la investigación preparatoria; la citada resolución fue apelada a fojas veintisiete por la fiscal provincial, siendo concedido el recurso a fojas ciento veinte; elevado los autos, con el traslado de ley, por auto de fojas ciento cuarenta y nueve, de fecha cinco de marzo de dos mil doce, la Sala Penal de Apelaciones, declaró infundada la apelación formulada por la representante del Ministerio Público, confirmando la resolución del trece de diciembre del año dos mil once, emitida por el Juez de la investigación Preparatoria, que declaró Fundada la solicitud de control de plazo formulada por César Joaquín Álvarez Aguilar.

II. **Del trámite del recurso de casación del representante del ministerio público:**

Segundo: Que, contra la aludida resolución, el fiscal superior interpone recurso de casación mediante escrito de fojas ciento sesenta y uno, el mismo que es concedido a fojas ciento setenta y uno, mediante resolución de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce.

Este Supremo Tribunal mediante ejecutoria de fecha trece de julio de dos mil doce, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal de la excepcionalidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencia, para "determinar la caducidad sobre el control del plazo (artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal) y disponer como doctrina jurisprudencial que el plazo de la investigación preliminar es de

ocho meses, cuando revista carácter complejo, y que su prórroga puede efectuarse incluso vencido el plazo inicial"; interpuesto por el fiscal superior provisional de la primera fiscalía superior especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Judicial de Áncash, contra el auto de vista de fojas ciento cuarenta y nueve del cinco de marzo de dos mil doce; asimismo, se dispuso que la causa permanezca en Secretaría por el plazo de diez días, y se de cuenta para la fecha de la audiencia de casación. Cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, por escrito de fecha nueve de julio de dos mil trece, el representante del Ministerio Público formula desistimiento parcial de su recurso de casación, en los extremos que se pretende fijar doctrina jurisprudencial respecto a: i) determinar si la caducidad opera sobre el control del plazo (art. ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal) en una investigación preliminar; y ii) que la prórroga de un plazo de investigación preliminar puede efectuarse incluso vencido el plazo inicial; extremos cuyos desistimientos han sido reiterados en la audiencia de casación de fecha once de julio del presente año, conforme es de verse del acta correspondiente debidamente suscrita por la recurrente; iii) quedando subsistente el extremo, en cuanto a fijarse como doctrina jurisprudencial: "sobre el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares, cuando se trate de investigaciones complejas".

Por otra parte, ante esta instancia suprema, la defensa del investigado Álvarez Aguilar, mediante escrito de fecha once de julio de dos mil trece, solicitó la sustracción de la materia en el presente recurso de casación indicando que se ha dispuesto la conclusión de la investigación preparatoria –veinte de agosto de dos mil doce– habiéndose incluso generado por disposición fiscal del veintinueve de agosto de dos mil doce el requerimiento de sobreseimiento. Sin embargo, no obra el auto que declara fundado dicho requerimiento fiscal, y que declare además el archivo definitivo de la causa. Por lo que, no cabe el amparo sobre la sustracción de la materia solicitada.

Que, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Tercero: Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a lo establecido por el artículo cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, en concordancia, con el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro del código acotado, el día ocho de agosto del presente año, a las ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Del ámbito de la casación

Primero: Por ejecutoria suprema de fecha trece de julio de dos mil doce –ver fojas diecinueve a veintidós del cuadernillo formado ante Instancia Suprema–, se declaró bien concedido el recurso de casación con la finalidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial relativo a que, según lo alegado por el recurrente, el plazo de investigación preliminar es de ocho meses cuando revista carácter - complejo; habiéndose desistido el Ministerio Público de los otros dos extremos de su recurso casacional ya indicados líneas arriba.

Segundo: Que, el fiscal en la etapa prejurisdiccional del proceso penal se encuentra autorizado para reunir elementos probatorios para formalizar la investigación así como para elaborar su estrategia acusatoria o para desestimarla denuncia.

Tercero: Que, conforme a lo previsto por el artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal, las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar tos actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; asegurar los elementos materiales de su comisión, e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

Cuarto: Que el inciso dos del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal antes citado, establece que el plazo de las diligencias preliminares es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante el fiscal puede fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Quinto: Que, para el caso de autos, resulta necesario reseñar que el cómputo del plazo de las diligencias preliminares se inician a partir de la fecha en que el fiscal tiene conocimiento del hecho punible. Y, que mediante la ejecutoria suprema número sesenta y seis - dos mil diez, al referirse al cómputo del plazo de las diligencias preliminares, estableció como doctrina jurisprudencial que este son de días naturales y no hábiles.

Sexto: Que, según la resolución casatoria número cero dos - dos mil ocho, del tres de junio de dos mil ocho, se señaló 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 esta 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 estatuido 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 (...), la etapa de la investigación preparatoria, presenta a su vez dos subetapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha (...) la fase de las 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 (...)". Asimismo, estableció que este último plazo, si bien la norma no lo prevé de manera cuantitativa, no debe ser uno ilimitado, y que además afecte el plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; y en mérito a ello, precisó que: (...) la fase de las 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".

Sétimo: Que, asimismo, el Tribunal Constitucional estableció con carácter de doctrina jurisprudencial, dos criterios para determinar el plazo razonable de la investigación preliminar: "(...) subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación (...)"; precisando que: "(...) es dentro del marco de estos criterios jurídicos que se deberá determinar, en cada caso concreto, si es que la investigación prejurisdiccional se ha desarrollado dentro de un plazo razonable. Ello es así en la medida que los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales, en general, y del Ministerio Público, en particular; no se legitiman, desde la perspectiva constitucional, en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución Política. En ese orden de ideas, señala, respecto del primero, en cuanto se refiere a la actuación del investigado, se debe de evidenciar la actitud obstruccionista, por ejemplo ante la inconcurrencia injustificada a las citaciones, el ocultamiento o negativa de entregar información, la mala fe, entre otras conductas con el fin de desviar los actos de investigación; en cuanto a la actividad fiscal se deberá considerar si en una actividad prejurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación. Respecto, del segundo criterio, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación, la cual puede venir determinado no solo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados, así como la complejidad de las actuaciones que se

requieran para investigar los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo los delitos de lesa humanidad, terrorismo, entre otros; por lo tanto, concluye el Supremo Intérprete que: '(...) el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos, traducido en un número fijo de días, semanas, meses o años, sino que tal razonabilidad inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso (...)".

Octavo: Que, el representante del Ministerio Público sostiene que el plazo facultativo o extraordinario para la investigación preliminar en casos complejos es un plazo regulado, como así lo señala el artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos segunda parte, concordado con el artículo ciento cuarenta y seis del Código Procesal Penal cuya duración le corresponde fijar exclusivamente al fiscal.

Noveno: Que, al respecto de manera complementaria la Casación cincuenta y cuatro - dos mil nueve, precisó que el apartado dos del artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal, cuando se refiere a la regulación de la actividad de los jueces y fiscales, debe ser entendida en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal –en caso de fiscales– como sería formalizar acusación, y al expedir resoluciones en caso de jueces; señalando que su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria, puesto que todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica.

Décimo: Que, así las cosas, y teniendo en cuenta las pautas instauradas en la jurisprudencia nacional, especialmente a través de la Casación número dos - dos mil ocho, que prescribe, que la fase de diligencias preliminares no puede ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, esto es, de ocho meses; y en aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos, en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar; por lo que, se debe establecer como doctrina jurisprudencial que: "tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses"; considerándose proceso complejo, cuando; a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados, d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas

u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el fiscal superior provisional de la primera fiscalía superior especializada en delitos de corrupción de Funcionarios del distrito judicial de Áncash, en cuanto solicita se fije como doctrina jurisprudencial: "sobre el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares, cuando se trate de investigaciones complejas"; en el proceso penal seguido contra César Joaquín Álvarez Aguilar por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio del Gobierno Regional de Áncash.

II. **ESTABLECIERON:** de conformidad con lo previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que: "tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses".

III. Téngase por desistido al representante del Ministerio Público de su recurso de casación en los extremos que pretendió se fije como doctrina jurisprudencial: i) el determinar si la caducidad opera sobre el control del plazo en una investigación preliminar; y ii) que la prórroga de un plazo de investigación preliminar puede efectuarse incluso vencido el plazo inicial.

IV. En cuanto al escrito del encausado sobre sustracción de la materia, estése al estado de la causa.

V. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y con posterioridad se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso, a las no recurrentes

VI. **MANDARON:** Que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal Superior de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SS. VILLA STEIN; SALAS ARENAS; BARRIOS ALVARADO; TELLO GILARDI; PRÍNCIPE TRUJILLO

NO ES POSIBLE EXTENDER EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN CASOS COMPLEJOS

Sala Penal Permanente
Casación N° 318-2011-Lima
Sentencia casatoria

Bajo dicho criterio, resulta importante señalar habiéndose establecido la distinción entre diligencias preliminares e investigación preparatoria, las mismas que guardan una finalidad distinta, queda claro entonces que si bien se estableció que la investigación preparatoria en casos complejos deberá de contar con un plazo mayor a aquellos que se denominan casos "ordinarios"; sin embargo, ello no obliga a que dicha distinción de plazos se efectué también para las diligencias preliminares, por una sencilla razón y es que la investigación preparatoria tiene por finalidad reunir todos los elementos probatorios suficientes, a fin de poder sustentar su acusación; esto es, probar su teoría del caso, por ello que en casos complejos si resulta de suma importancia un plazo más extenso –y no así ilimitado– para la investigación propiamente dicha; lo cual resulta innecesario y fuera de finalidad que arriba las diligencias preliminares, pues conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema N° 02-2008-La Libertad, el plazo es de veinte días, con un máximo de ciento veinte días en total, según el criterio del Fiscal, sin pretender propiciar de alguna forma la impunidad en los casos denominados "complejos", en tanto que para estos como para los casos "ordinarios" se rige la misma finalidad descrita en el considerado 2.9 de la presente ejecutoria suprema [i. Realizar actos urgentes solo (...); ii) Asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible (...) iii) Individualizar al presunto imputado (...)], finalidad que alcanza a todas las diligencias preliminares en general –distinto a la investigación preparatoria que lleva a cabo una investigación concreta para cada caso– razón por la cual resulta innecesario establecer un plazo distinto en casos que evidencien ser complejos teniendo en cuenta que con puntuales y concretas diligencias se alcanzaría la finalidad de dicha etapa procesal; siendo así, debe mantenerse la decisión establecida por la Sala Superior (fundamento 2.15).

Lima, veintidós de noviembre del dos mil doce

VISTOS El recurso de casación interpuesto por la fiscal adjunta superior encargada de la quinta fiscalía superior especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Lima, contra la resolución de fecha seis de setiembre del dos mil once, que revocó la resolución de fecha veintidós de agosto de dos mil once, que declaró infundada la solicitud de control de plazo de diligencias preliminares formulada por la defensa del imputado José Luis Castañeda Neyra, y reformándola declaró fundado el pedido aludido; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Que, como consecuencia que la defensa técnica del investigado José Luis Castañeda Neyra solicitó control de plazos de diligencias preliminares en la investigación que se le sigue por delito contra la administración pública - colusión, patrocinio ilegal y negociación incompatible, se llevó a cabo la audiencia pública de control de plazo, por la cual mediante resolución veintidós de agosto de dos mil once –hojas setenta– declaró infundada dicha solicitud, razón por la cual interpuso recurso de apelación por escrito recepcionado el veintitrés de agosto de dos mil once, fojas setenta y tres.

1.2. Llevada a cabo la audiencia pública de apelación se emitió la resolución del seis de setiembre del dos mil once –fojas ochenta y ocho– que por mayoría revocó la resolución recurrida, declarando fundado el pedido de control de plazo de diligencias preliminares, en consecuencia concedieron seis días naturales contados desde la notificación de dicha resolución para que el titular de la acción penal emita el pronunciamiento que corresponda, bajo responsabilidad funcional.

1.3. Estando a ello, el fiscal superior interpuso recurso de casación por escrito concedida por resolución del veintisiete de setiembre de os mil once –fojas ciento quince–, disponiéndose se eleven los autos al Tribunal Supremo.

1.4. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo por ejecutoria suprema del diez de enero de dos mil doce –fojas treinta, del cuaderno de casación–, en uso de sus facultades declaró bien concedido el recurso de casación por necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial,

prevista en el numeral cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, sobre necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial.

1.5. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la siguiente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asisten– se realizara por la Secretaria de la Sala el día doce de diciembre de dos mil doce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Que el recurso de casación promovido por el señor fiscal superior considera que es indispensable el desarrollo de la doctrina jurisprudencial a efectos de determinar el concepto y alcance máximo del plazo de las diligencias preliminares que comprenden casos complejos, en armonía del concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional y precisiones descritas en la casación N° 02-2008-La Libertad, dentro de los parámetros establecidos en el artículo trecientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal; asimismo, advierte la necesidad de precisar los alcances procesales de la doctrina jurisprudencial materializada en la Casación N° 02-2008-La Libertad, a efectos de señalar si debe interpretarse de manera restrictiva a los alcances del inciso primero del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal o su interpretación debe ceñirse a los elementos interpretativos gramatical, teleológico, sistemático, lógico e histórico.

2.2. Que, el nuevo modelo del proceso penal en el Perú además de la denominación de acusatorio y garantizador, es de tendencia adversativa; porque remarca la naturaleza del juicio público y oral, la trascendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria le corresponde al Ministerio Público como titular de la pretensión punitiva, y al imputado y su defensor técnico a cargo de la pretensión libertaria.

2.3. Dicha tendencia adversativa crea las condiciones para que el órgano jurisdiccional cumpla durante la investigación, función de garante de los derechos fundamentales, función de saneamiento en la etapa intermedia; en tanto que en juicio debe ocuparse de evaluar imparcialmente el resultado de la actividad probatoria

presentada por las partes, emitiendo fallo de absolución condena, según sea el caso.

2.4. Cabe indicar que además de ello este nuevo proceso supera la problemática del trámite engorroso y la rutina burocrática, recurriendo a la simplificación procesal o salidas alternativas y conclusiones anticipadas de causas, que superen la sobrecarga de los despachos judiciales; en tal sentido es de suma importancia para este nuevo modelo resaltar que la justicia penal es impartida exclusivamente por los órganos judiciales y que su función destaca la operatividad en un plazo razonable, contrario a cualquier dilación indebida.

2.5. Además se destaca que el Ministerio Público no es el abogado de la víctima sino de la sociedad, por ello sus actividades son ejercidas en estricto cumplimiento al principio de objetividad, por tanto su indagación está orientada a descubrir la verdad de los hechos, de allí que la información probatoria que recoja no tenga que ver únicamente con la responsabilidad del imputado, sino también en su caso con la inocencia o no culpabilidad del mismo. Aunado a ello, es de reconocerle su papel conductor y contralor jurídico de los actos de investigación que practica la policía, quien cumple la tarea operativa y función de policía judicial al servicio del Ministerio Público, como así lo establece el inciso segundo del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

2.6. En ese sentido, la tarea del Ministerio Público una vez conocida la noticia criminal, se inicia con la búsqueda de la verdad sobre la misma, para lo cual deberá realizar diligencias preliminares, conforme así lo establece el artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal.

Debe precisarse que dentro de las funciones que le corresponde al fiscal está realizar las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, conforme se establece en el inciso primero del artículo trescientos treinta y siete del Código Procesal Penal, siendo parte de la investigación preparatoria, las diligencias preliminares.

Así, las diligencias preliminares constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, por la cual el fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar

la investigación, a efectos de elaborar su estrategia acusatoria o desestimar la denuncia, estableciéndose en el artículo 330 del Código Procesal Penal que estas diligencias tienen como finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables, asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

Que, las indicadas las diligencias tienen también una finalidad mediata la cual no está descrita en forma expresa en la norma, por ello se considera que la finalidad mediata es determinar si el fiscal debe formalizar o no la investigación preparatoria.

2.7. Partiendo de la idea antes mencionada, en las diligencias preliminares no podrán realizarse actos que, estando destinados a determinar si han tenido lugar los hechos denunciados y si estos constituyen delito, pueden ser postergadas o no sean urgentes, dado que estos actos podrán llevarse a cabo dentro de la fase de investigación preparatoria, propiamente dicha, sirviendo además en esta etapa para fortalecer o desvirtuar la hipótesis del fiscal, con la cual formalizó la investigación.

2.8. Dicho aquello son tres los fines de las diligencias preliminares: i) realizar actos urgentes solo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles; ii) asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; y, iii) individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible.

2.9. En consecuencia, cualquier otro tipo de diligencias que tuvieran una finalidad distinta a las antes mencionadas constituirían fuera de los parámetros por los cuales se estableció llevar a cabo las diligencias preliminares, según lo previsto en este nuevo modelo procesal penal, pues de ser así, se estaría pretendiendo llevar diligencias propias de una investigación preparatoria.

2.10. Siendo ello así, respecto al plazo máximo de las diligencias preliminares el inciso segundo del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal establece que el plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo tercero del mismo

cuerpo de leyes, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona.

2.11. Al respecto debe señalarse que en reiteradas Ejecutorias Supremas se ha establecido que son distintos los plazos de las diligencias preliminares con los de la investigación preparatoria pues cada una de ellas persigue una finalidad distinta, dejándose sentado que para las diligencias preliminares el plazo es de veinte días; y vencido dicho plazo el fiscal está sometido a un tipo de control por quien se considere afectado a una excesiva duración de las diligencias preliminares, a fin de no afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso.

2.12. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 02-2008-La Libertad, del tres de junio de dos mil ocho, estableció que los plazos para las diligencias preliminares de veinte días naturales son distintos a los plazos que se le concede al fiscal para fijar otro plazo según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, ejecutoria en la que no se precisó si existía distinción de plazos en los casos denominados complejos.

2.13. Según el Tribunal Constitucional el primer criterio para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso es la complejidad del asunto, por lo que para valorar ello debe tomarse en consideración factores tales como la naturaleza y la gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.

2.14. Asimismo, se debe precisar, previo el análisis materia del presente debate, que el plazo razonable es un derecho que le asiste a todo justiciable, sin distinción alguna de cada etapa en particular, estableciéndose que el proceso no puede tener una duración desmedida, siendo obligación del Estado establecer normas claras y precisas que nadie estará sometido a un proceso indefinido, lo cual debe estar sujeto a cada etapa específicamente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el plazo legal para la investigación preparatoria estimando que el plazo previsto en el artículo trescientos cuarenta y dos inciso segundo del Código Procesal Penal debe modificarse con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, pues vencido el plazo (ocho o dieciséis meses) se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria. De ahí que, se le exhorte al Congreso de la República a que modifique el plazo del artículo mencionado [investigación preparatoria en casos complejos] de acuerdo a la capacidad de actuación del Ministerio Público, sin que ello suponga la afectación de derecho al plazo razonable (Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, f. j. 10).

2.15. Bajo dicho criterio, resulta importante señalar habiéndose establecido la distinción entre diligencias preliminares e investigación preparatoria, las mismas que guardan una finalidad distinta, queda claro entonces que si bien se estableció que la investigación preparatoria en casos complejos deberá de contar con un plazo mayor a aquellos que se denominan casos "ordinarios"; sin embargo, ello no obliga a que dicha distinción de plazos se efectué también para las diligencias preliminares, por una sencilla razón y es que la investigación preparatoria tiene por finalidad reunir todos los elementos probatorios suficientes, a fin de poder sustentar su acusación; esto es, probar su teoría del caso, por ello que en casos complejos si resulta de suma importancia un plazo más extenso –y no así ilimitado– para la investigación propiamente dicha; lo cual resulta innecesario y fuera de finalidad que arriba las diligencias preliminares, pues conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema N° 02-2008-La Libertad, el plazo es de veinte días, con un máximo de ciento veinte días en total, según el criterio del Fiscal, sin pretender propiciar de alguna forma la impunidad en los casos denominados "complejos", en tanto que para estos como para los casos "ordinarios" se rige la misma finalidad descrita en el considerado 2.9 de la presente ejecutoria suprema [i. Realizar actos urgentes solo (...); ii. Asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible (...) iii. Individualizar al presunto imputado(...)], finalidad que alcanza a todas las diligencias preliminares en general –distinto a la investigación preparatoria que lleva a cabo una investigación concreta para cada caso– razón por la cual

resulta innecesario establecer un plazo distinto en casos que evidencien ser complejos teniendo en cuenta que con puntuales y concretas diligencias se alcanzaría la finalidad de dicha etapa procesal; siendo así, debe mantenerse la decisión establecida por la Sala Superior.

2.16. Que, como lo establece el artículo 499 del Código Procesal Penal están exentos de pago de costas el Ministerio Público; razón por la cual no procede la imposición de costas en el presente caso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de casación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre el plazo razonable para llevar a cabo diligencias preliminares en casos complejos; interpuesto por la fiscalía adjunta superior penal especializada en delito de corrupción de funcionarios de Lima, contra la Resolución de fecha seis de setiembre de dos mil once –fojas ochenta y ocho– que revocó la resolución de fecha veintidós de agosto de dos mil once, que declaró infundada la solicitud de control de plazo de diligencias preliminares formulada por la defensa del imputado José Luis Castañeda Neyra, y reformándola declaró fundada el pedido aludido.

II. **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 procesales.

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.

IV. **EXONERARON** a la recurrente del pago por la tramitación del recurso.

V. **ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen, hágase saber y archívese. Intervienen los señores Jueces Supremos Santa María Morillo y Tello Giraldi por licencia de los señores Jueces Supremos Salas Arenas y Neyra Flores, respectivamente.

SS. VILLA STEIN; RODRÍGUEZ TINEO; PARIONA PASTRANA; TELLO GIRALDI; SANTA MARIA MORILLO

4. Importancia de las diligencias preliminares

La parte medular la investigación lo constituye las diligencias preliminares, estas vienen a ser los cimientos sobre los que se construye un pesado edificio, el proceso penal. Si los cimientos son débiles, el proceso indefectiblemente se caerá. Por tal razón hay que tener una estrategia de investigación en cada caso concreto, pues es diferente investigar el delito de homicidio, el delito de violación sexual, el delito culposo contra la vida, el cuerpo y salud, el delito de tráfico ilícito de drogas, el delito de terrorismo, el delito de secuestro, etc. En cada caso hay medios probatorios que deben actuarse obligatoria e indispensablemente, así por ejemplo en un caso de **homicidio**, hay que levantar las evidencias dejando constancia en actas; hay que realizar el levantamiento del cadáver y disponer el traslado a la morgue central para la necropsia, en función de ello se podrá disponer un conjunto de exámenes auxiliares. En un caso de **violación sexual** debe hacerse un estudio minucioso en la escena del delito, allí seguramente habrán evidencias importantes tales como restos de fluidos del cuerpo humano, como sangre, semen, que deben ser recogidos para el análisis correspondiente. Con relación a la víctima se tiene que disponer lo antes posible el examen médico señalando expresamente que se debe determinar si ha existido violación sexual. En caso de un presunto **delito de tráfico ilícito de drogas** hay que levantar el acta de incautación de drogas; hay que trasladar la droga al laboratorio central y realizar allí el pesaje, para determinar el peso bruto y el peso neto; luego hay que disponer la pericia química, para determinar el tipo de droga y el grado de pureza. En caso de homicidio o lesiones como consecuencia de un accidente de tránsito, hay que hacer un estudio de la escena, proceder a perennizarla mediante la fotografía y el levantamiento de planos. Hay que hacer mediciones de las huellas de frenada; levantar las evidencias que han quedado en el lugar embalarlas y trasladarlas bajo custodia al laboratorio para el análisis físico químico correspondiente. Se puede levantar otras evidencias como las huellas dactilares, las huellas de pisadas, las huellas de neumáticos, etc.

En consecuencia, hay que conocer el procedimiento a seguir en cada uno de esos casos, empezando por saber cómo actuar en la escena del delito, en la cual lo primero que debe hacerse es una inspección técnico criminalística. Luego se determina qué peritos deben ingresar

a ella para recoger las evidencias y el fiscal con su equipo determinaran la estrategia de investigación.

El fiscal tiene la dirección de la investigación, asume esta función al tener conocimiento de la noticia criminal, si lo considera necesario puede requerir la intervención de la policía o puede practicarla por sí mismo. La dirección de la investigación se expresa al instruir a sus colaboradores sobre la legalidad, la conducencia y pertinencia que deben tener los actos de investigación para comprobar o descartar su hipótesis de trabajo.

Corresponde al fiscal definir la estrategia de investigación, para lo cual verificará el hecho y formulará su hipótesis de trabajo; empezando por analizar los hechos, la norma jurídica aplicable y los elementos de convicción. En casos complejos el fiscal puede disponer la formación de un equipo interdisciplinario de investigación con cuyos integrantes debe precisar los objetivos generales y específicos de la investigación.

Las diligencias preliminares empiezan a practicarse en la escena del delito, el artículo 330.3 del CPP establece que "el fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito"; allí la policía bajo la conducción del fiscal podrá realizar lo siguiente:

- Acciones para proteger y vigilar el lugar.
- Recoger y conservar objetos e instrumentos relacionados con la comisión del hecho delictivo.
- Levantar planos, tomar fotografías y realizar grabaciones.
- Asegurar documentos que puedan servir a la investigación.
- Efectuar bajo inventario secuestros e incautaciones.
- Realizar otras diligencias que faculte la ley.

La investigación es un trabajo técnico, en la escena del delito interviene el fiscal y el perito especialista en investigación criminal, luego

de una primera evaluación deben hacer su ingreso a la escena del delito los peritos y para ello hay métodos especiales, porque en este lugar hay un conjunto de evidencias que deben ser recogidas cuidadosamente y luego deben ser trasladas al laboratorio para el análisis correspondiente, debiendo tener en cuenta la cadena de custodia; todo ello con fin de reconstruir conceptualmente el hecho.

La cadena de custodia se inicia con el aseguramiento, la inmovilización o el recojo de los elementos materiales y evidencias que se encuentran en el lugar de los hechos. Asimismo, hay que identificar, individualizar y recolectar los elementos; embalarlos de acuerdo a su naturaleza, etiquetarlos o rotularlos. Todo esto debe estar registrado en un formulario de cadena de custodia. En función de las evidencias encontradas se tiene que disponer la realización de las pericias que sean necesarias, designar al responsable del traslado y custodia de las evidencias hasta el laboratorio, donde serán entregadas bajo cargo y previa verificación.

La cadena de custodia garantiza que las evidencias halladas se conserven inalteradas, para ser presentadas en el juicio oral. Las actas, los formularios y embalajes son parte de ella. Toda esta actividad está regulada por la Resolución N° 729-2006-MP-FN[17].

El desarrollo de las diligencias preliminares debe obedecer a un plan investigación para cuyo efecto el fiscal debe coordinar con la Policía y con los peritos, además debe determinar las diligencias que requieren orden judicial y otros detalles que deben tenerlos en cuenta en su plan de investigación.

El resultado de las diligencias preliminares debe dar respuesta a las siguientes preguntas:

- ¿Qué ha sucedido?
- ¿Cuándo ha ocurrido el hecho?
- ¿Dónde ha ocurrido el hecho?
- ¿Cómo ha ocurrido el hecho?

(17) Usar actas A-4, A-6. A-7 y A-8 página web <http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/files/a22e66_código_reglamento_cadena.pdf>.

- ¿Quién lo hizo o quiénes lo hicieron?
- ¿A quién o a quiénes afectaron?
- ¿Por qué lo hizo o por qué lo hicieron?

5. El plan estratégico de investigación[18]

Es un reto desarrollar la labor de investigación en la lucha contra el crimen organizado, que la constitución le otorga al Ministerio Público y a la Policía Nacional, por lo tanto, se vuelve imperativo el diseño de estrategias y acciones que nos permitan fortalecer la investigación penal para disminuir la impunidad y, en consecuencia, la criminalidad, y para ello es necesario e imprescindible la elaboración de un plan de investigación que pueda ser utilizado por el binomio Ministerio Público - Policía Nacional.

El plan de investigación permitirá:

a. Planificar, dirigir y controlar de forma eficaz y eficiente la investigación.

b. Buscar y obtener los elementos de prueba pertinentes y útiles a la investigación.

c. Desarrollar la actividad probatoria, respetando el principio de legitimidad de la prueba.

d. Celeridad y economía procesal.

e. Optimizar la utilización de recursos.

Elaborar el plan de investigación implica forjar metas concretas y específicas que aseguren un resultado. La investigación no se puede dejar al azar, sino que debe tener una dirección y un control, para lo cual debe formarse un equipo de trabajo, con el ánimo de adelantar una investigación penal efectiva.

Se debe elaborar un plan estratégico de investigación que sea generador de justicia material, que nos permita trazar metas posibles,

(18) Cfr. Plan Estratégico de Investigación de la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil de la República de El Salvador, elaborado en virtud del Acuerdo de Coordinación Interinstitucional, desarrollado con el apoyo del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Embajada Británica. Marzo de 2009.

buscar objetivos concretos y desarrollar una coordinación y control de gestión sobre los resultados del proceso; un plan que surja del consenso y la comunicación permanente entre los actores.

En la elaboración del plan de trabajo, el fiscal y su equipo parten del más sencillo esquema de preguntas por resolver frente a un hecho penalmente relevante:

- ¿Qué quiero demostrar?
- ¿Cómo voy a lograrlo?
- ¿Con qué recursos cuento para lograrlo?

El plan de trabajo debe establecer prioridades de acuerdo al material probatorio que se requiere para demostrar la existencia del hecho objeto de investigación. Avanzada la actividad investigativa se evalúan los logros o beneficios obtenidos con el fin de continuar por el mismo camino si es correcto o redireccionar la investigación, con lo que se está haciendo un control de gestión permanente.

Para desarrollar el plan de investigación, el fiscal y su equipo deben utilizar una técnica que facilite el desarrollo de las actividades orientadas a dar respuesta a esas preguntas mencionadas en un plazo determinado. Asimismo tienen que analizar y depurar la información, formular hipótesis y determinar la orientación que darán a la investigación.

Establecida la conducta punible por investigar se hace necesario ir más allá de la simple descripción de lo sucedido, hay que determinar sus posibles causas.

El plan de investigación es una técnica aplicable a la investigación penal, en la cual partiendo de los componentes básicos de la estructura jurídica de la conducta punible, se establecen los objetivos de la investigación y las líneas a seguir. Ese plan debe estar integrado por los siguientes objetivos específicos:

- La evaluación de lo que existe.
- La decisión del camino a seguir o que se ha a realizar.
- El permanente control de gestión.

El fiscal es el que maneja los aspectos técnico-jurídicos de la investigación, el contralor y el director de la misma, es responsable de su éxito y debe saber de manera general conceptos de tipo criminalístico. En suma saber cómo se efectúa una investigación para poder orientar la labor de la policía. El fiscal y su equipo de investigación deben hacer el seguimiento del caso hasta su resultado en el juicio. De la buena coordinación en el trabajo fiscal y policial dependerá el éxito del plan de investigación y su resultado en el juicio.

Por tal razón en cualquier investigación deben tener en cuenta los siguientes tópicos:

- Necesidad de personal.
- Desarrollar una labor inicial para obtener información.
- Formular hipótesis para establecer un orden lógico de investigación.
- Determinar el tiempo o plazo que debe tardar la investigación.
- Planificar la investigación hacia la identificación de posibles involucrados.
- Definir los roles.
- Las fuentes dónde obtener información que se necesita.
- Definir los recursos con los que cuenta.
- Definir las medidas cautelares de preservación y custodia de los elementos probatorios obtenidos.
- Mantener la comunicación y el control de gestión de la actividad investigativa mediante reuniones de trabajo.

6. Alternativas que tiene el fiscal para calificar el resultado de las diligencias preliminares

El fiscal, al término de las diligencias preliminares, debe decidir el destino de la investigación, y haciendo uso de las **facultades discrecionales** que le otorga el código podrá desestimar denuncias, de conformidad con lo previsto en el artículo 334, es decir, podrá alternativamente adoptar alguna de las siguientes decisiones:

a. Archivar definitivamente la denuncia.

b. Ordenar la intervención de la policía para la identificación del autor o partícipe.

c. Disponer la reserva provisional de la investigación, cuando el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad.

Asimismo podrá aplicar **salidas alternativas**: principio de oportunidad y acuerdos reparatorios, y como consecuencia de ello se abstendrá de formalizar la continuación de la investigación preparatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del CPP.

6.1. Ordena el archivo definitivo de la denuncia

La facultad de desestimar denuncias a través del archivo definitivo, la tienen los fiscales desde 1981 conforme a su Ley Orgánica, para los supuestos en que los hechos denunciados no constituyen delito o cuando el ejercicio de la acción no está expedito por haber prescrito o cuando existe cosa juzgada; aunque tal facultad no ha sido ejercida plenamente porque actuando con la absoluta irresponsabilidad, bajo un mal entendido concepto del principio de legalidad procesal consideran que todo debía investigarse y por tal razón formalizan denuncia. Su lógica siempre ha sido que el Ministerio Público es órgano de persecución y que es el juez quien tiene que resolver. Se olvidaban los fiscales que el Ministerio Público es el defensor de la legalidad, que si bien es cierto están facultados para promover acción penal, deben hacerlo dentro del más estricto marco legal, en consecuencia cuando no se dan los presupuestos para ejercitar la acción, deben desestimar la denuncia. Inclusive se puede desestimar liminarmente una denuncia, de conformidad con lo dispuesto el apartado 2 del artículo 94 de la LOMP modificado por el artículo 6 de la Ley N° 29574.(19)

El nuevo modelo procesal penal solo podrá funcionar si el índice de desestimación de denuncias es elevado, porque solo así se logrará que el sistema judicial mantenga una carga razonable, en función de ello el artículo 334 dispone que si el fiscal al calificar el resultado de

(19) Artículo 6 de la Ley N° 29574 que modifica el apartado 2 del artículo 94 del Decreto Legislativo N° 052 Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de setiembre de 2010.

las diligencias preliminares "considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria y ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notificará al denunciante, al agraviado y al denunciado".

6.2. Dispone la intervención de la policía para la identificación del autor o partícipe

La LOMP al incorporar la investigación preliminar al proceso penal, estableció que el fiscal solo debía formalizar denuncia cuando hubiese individualizado a su presunto autor o partícipe. Con ello introdujo un cambio radical, hasta entonces el juez al tomar conocimiento de la noticia criminal, abría instrucción aún "contra los que resulten responsables" y en virtud del artículo 59 del CdePP, encargaba a La Policía Judicial investigar los delitos y descubrir a los responsables, para ponerlos a disposición del juzgado con los elementos de prueba y efectos que hubiesen incautado. El artículo 124 establecía que: "el juez Especializado en lo penal preguntará al inculpado por su nombre, apellidos paterno y materno, nacionalidad, domicilio, edad, estado civil, profesión, si tiene hijos y el número de ellos, si ha sido antes procesado o condenado y los demás datos que juzgue útiles a la identificación de su persona (...)". Luego la identificación e individualización del autor era tarea encomendada al juez instructor y se realizaba en la etapa de instrucción.

Como a partir de 1980 el proceso penal solo procede contra personas ciertas, plenamente identificadas e individualizadas, en consecuencia, estas tareas son responsabilidad del fiscal. En el supuesto que no se identifique e individualice al autor o autores del delito, el fiscal debe disponer el archivo provisional de la investigación y al mismo tiempo encargar a la policía que continúe la investigación con ese objetivo. Esta situación se presenta en muchas circunstancias, por ejemplo un accidente de tránsito en que el conductor se da a la fuga con su vehículo o un hurto agravado en una vivienda cometido en circunstancias que los propietarios estaban ausentes, casos en los que hay evidencias de la comisión del delito, pero no de la identidad de sus autores y ante la imposibilidad

de lograr este objetivo, debe continuar la investigación encargando tal actividad a la P.N.

Esas disposiciones no han sido entendidas en su exacta dimensión y el fiscal las ha ignorado y ha formalizado la denuncia tomando como ciertos los datos proporcionados por el denunciante o la policía, en muchos casos solo conociendo el nombre y un apellido del denunciado, sin ningún dato adicional. Al instaurarse el proceso penal con orden de detención contra una persona deficientemente identificada, se emite una requisitoria judicial y en la ejecución de la misma se ha vulnerado el derecho a la libertad de personas inocentes que tienen el mismo nombre del procesado, es decir son homónimos. Lo que ocurre es que se han empleado indistintamente los términos identificación e individualización, e inclusive se los tiene como sinónimos. Según el *Diccionario de Derecho Usual* de Cabanellas se entiende por identificación, "los datos que individualizan a un sujeto, con respecto a su nombre y apellido, edad, domicilio y otros, es el reconocimiento y comprobación de que una persona es la misma que se supone o busca". En tanto que "individualización es la personalización. Aplicación según cada individuo. Especificación para cada sujeto"[20].

En consecuencia, primero se identifica a una persona, se averigua sus nombres y apellidos y luego se individualiza tomando el conjunto de sus generales de ley, con el fin de distinguirla de los demás. El artículo 77 del Código de Procedimientos establece expresamente que el juez "(...) solo abrirá instrucción (...) cuando se ha individualizado a su presunto autor (...)". El incumplimiento de esta disposición, generó el problema de la homonimia que trae como consecuencia la vulneración del derecho a la libertad de personas inocentes; para tratar de solucionar el problema, la Ley N° 27411 y su modificatoria 28121[21] disponen que para la detención de una persona sobre la cual pesa una orden judicial, la Policía Nacional deberá identificarla fehacientemente y que obligatoriamente bajo responsabilidad debe verificar los siguientes datos: a) los nombres y apellidos completos,

(20) CABANELLAS Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual.* Tomo IV, pp. 328 y 394 respectivamente.
(21) Ley N° 28121 que modifica los artículos 3 y 8 de la Ley N° 27411 sobre Homonimia. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de diciembre de 2003.

b) edad, c) sexo, d) características físicas, talla y contextura, cicatrices, tatuajes y otras señales particulares.

Con acierto, el artículo 71 del CPP dispone que desde el primer acto en que intervenga el imputado, será identificado por su nombre, datos personales, señas particulares y cuando corresponda por sus impresiones digitales a través de la oficina técnica respectiva y en función de ello en el artículo 334 inciso 3 se dispone que: "en el caso que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiera prescrito, pero faltara la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía para tal fin".

6.3. Dispone la reserva provisional de la investigación

Recordemos que cuando el fiscal decide continuar la investigación preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad, se puede promover una cuestión previa. Por esa razón se le faculta para que disponga la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante. Se entiende para que subsane la omisión, luego de lo cual, eventualmente se podrá dictar la disposición de formalización y continuación de la investigación.

Impugnación.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 334 si el denunciante o el agraviado no estuviesen conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, **en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones** al fiscal superior, quien se pronunciará dentro del quinto día y podrá ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda. Respecto al plazo para solicitar la elevación de los actuados se produjo una innecesaria confusión considerando unos que eran cinco días y otros que eran tres días de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica del Ministerio Público; el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en la sentencia emitida en el Expediente N° 04426-2012-PA/TC[22] determinando que el plazo es de cinco días.

(22) Expediente N° 04426-2012-PA/TC-Lima. Proceso de Amparo seguido por la Unión Peruana de los Adventistas del Séptimo Día Movimiento de Reforma (Upasdiamor).

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional
Expediente N° 04426-2012-PA/TC-Lima
Sentencia del Tribunal Constitucional

(...) Con la regulación del nuevo Código Procesal Penal y el nuevo diseño de la investigación preparatoria, la posibilidad de cuestionamiento de las decisiones fiscales fue recogida a través del inciso 5 del artículo 334 de dicho cuerpo legal, al disponer lo siguiente:

El denunciante que no estuviese conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al Fiscal, en el plazo de 5 días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior (...).

En Lima, a los 15 días de enero de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional integrada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Calle Hayen, pronuncian la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Unión Peruana de los Adventistas del Séptimo día del Movimiento de Reforma (Upasdiamor) contra la resolución de fojas 95, su fecha 15 de junio de 2012, expedida por a tercera Sal Civil de Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de octubre de 2011 la institución recurrente interpone demanda de amparo contra el fiscal superior titular de la primera fiscalía superior de Cañete, Don Jesús Domingo Mavila Salón y el Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Corporativa de Cañete, Don Jaime Juan Acevedo Saavedra, a fin de que se declare nulas la disposición N° 1-A, de fecha 14 de setiembre de 2011, y que como consecuencia de ello, se repongan las cosas al estado anterior a la afectación de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la doble instancia y a la tutela judicial efectiva, y se permita admitir la impugnación que planteó contra la Disposición N° 06-201.

Sostiene que con fecha 5 de abril de 2011 requirió la elevación de los actuados del Fiscal Superior con la finalidad de que se revise la disposición N° 06-2011, de fecha 21 de marzo de 2011, mediante la cual la primera fiscalía penal corporativa de Cañete declaró improcedente la denuncia que efectuara contra Lilian Elizabeth Atanacio Ramírez de Lázaro, don Gerardo Lázaro Moreno, doña Liliana Florinda Yaya Sánchez y don Rafael Román Ruiz por la presunta comisión de los delitos contra el patrimonio - estafa, en la modalidad estelionato y contra la fe pública, disponiendo su archivo definitivo; que sin embargo, pese a que interpuso su recurso en los términos que dispone el numeral 5) del artículo 334 del nuevo Código Procesal Penal, los emplazados los desestimaron sosteniendo que fue presentado en forma extemporánea aplicando el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Publico y amparándose en el criterio de un fiscal supremo.

El octavo juzgado constitucional con fecha 14 de noviembre de 2011 declaró improcedente la demanda por considerar que la pretensión demandada no se encuentra comprendida dentro del contenido constitucional protegido del derecho de acceso a los recursos.

Con fecha 23 de enero de 2012 el Procurador Público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersono el proceso y requirió copia de la demanda, de sus anexos, de la resolución de primer grado y del recurso de apelación, pedido que fue atendido mediante resolución número 3, de fecha 5 de marzo de 2012.

La sala revisora confirmo la apelada por estimar que el recurrente pretende que se interprete el plazo de una norma que ya ha sido objeto de un fundamentado pronunciamiento por la fiscalía suprema penal razón por la cual consideró que los hechos y el petitorio no se encuentran vinculados al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Mediante el recurso de agravio constitucional de fecha 31 de julio de 2012 el recurrente manifiesta que su pretensión se encuentra dirigida a solicitar la tutela de sus derechos a la defensa, a la doble instancia y al debido proceso, toda vez que las disposiciones fiscales cuestionadas han rechazado su recurso de queja atendiendo a los que dispone el artículo 12 de la Ley Organiza del Ministerio Público, sin tomar en consideración que su medio Impugnatorio fue planteado de conformidad con lo que establece el numeral 5 del artículo 334 del nuevo Código Procesal Penal, que se encuentra vigente en Cañete den Cañete desde el uno de diciembre de 2009.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene como propósito que se declare nula la disposición N° 98-2011-AFSPC-MP-Cañete, de fecha 2 de agosto de 2011, y la providencia N° 1-A, de fecha 14 de setiembre de 2011, mediante las cuales, en aplicación del artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se declaró improcedente el recurso de queja que interpuso el recurrente contra la disposición N° 06-2011, que declaró improcedente la denuncia que presentara contra doña Lilian Elizabeth Atanacio Ramírez de Lázaro, don Gerardo Lázaro Moreno, doña Liliana Florinda Yaya Sánchez y don Rafael Román Ruiz por la presunta comisión de los delitos contra el patrimonio - estafa, en la modalidad de estelionato y contra la fe pública y ordenó su archivo definitivo.

   De acuerdo con lo que alega el demandante, el cuestionamiento se centra en el hecho de haberse denegado, por extemporáneo, el recurso de queja que interpuso contra la disposición fiscal N° 06-2011, pese a que lo presentó de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 334 del Nuevo Código Procesal Penal.

Procedencia de la demanda

2. Respecto a la posibilidad constitucional de controlar los actos expedidos por el Ministerio Público, este Tribunal Constitucional ha destacado que las 'facultades constitucionales de los actos del Ministerio Público no se legitiman desde la perspectiva constitucional en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona humana, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución" (Cfr. STC Exp. N° 3379-2010-PA/TC, f. j. 4).

3. Asimismo, se tiene dicho que la motivación de las resoluciones salvaguarda al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez que "garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso" (Cfr. STC Exp. N° 3943-2006-PA/TC, f. j. 4). Criterios que, mutatis mutandis, son aplicables a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público.

4. Por ello y teniendo en cuenta la pretensión demandada este Tribunal estima que el razonamiento de las instancias judiciales anteriores no se ajustan a los criterios antes esbozados pues el argumento central de la presente demanda es precisamente el cuestionamiento del utilizado por los emplazados para calificar de extemporáneo el recurso de queja del demandante en aplicación del artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y la no aplicación del numeral 5) del artículo 334 del Nuevo Código Procesal Penal, razón por la cual se advierte que el *a quo* y el *a quem* han incurrido en un vicio procesal que afecta la validez de su decisión, por lo que en aplicación del artículo 20 del Código Procesal Constitucional correspondería declarar la nulidad de ambos pronunciamientos. Pese a ello, este colegiado considera que en atención al principio de celeridad y economía procesal debe emitir pronunciamiento de fondo a efectos de evitar mayores dilaciones en la resolución de la controversia promovida en estos autos, tanto más cuanto que el presente caso se plantea como una cuestión de puro derecho y el procurador Público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se ha apersonado a fojas 59, ha sido notificado con la demanda, sus anexos, la resolución de primer grado y el recurso de apelación por disposición de la Resolución número tres, de fecha 5 de marzo de 2012 (f. 62 y 63), y adicionalmente ha expuesto sus alegatos de defensa mediante escrito de fecha 22 de noviembre de 2012 (f. 5 del cuaderno del Tribunal Constitucional) por lo que su derecho de defensa se encuentra garantizado.

Análisis de la cuestión controvertida

5. La disposición N° 98-2011-1FSPC-CAÑETE, del 2 de agosto de 2011, establece lo siguiente:

"**Segundo:** De la admisibilidad de la impugnación.

En atención al derecho que acude a las partes, en este caso a la parte agraviada y, estando al requerimiento de elevación de las actuaciones al superior, presentado por Samuel Díaz Vergara, en representación de Unión Peruana de los Adventistas del Séptimo día del Movimiento de Reforma, conforme a lo previsto en el artículo 334 inciso 5 del Código Procesal Penal, el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público y concordante con el artículo 139, inciso 6 de la Constitución, referido a la pluralidad de instancias, se tiene el siguiente detalle:

a. Fecha de notificación de la disposición recurrida: 29 de marzo de 2011

b. Fecha de impugnación: 5 de abril de 2011

Estando a la fecha de notificada la disposición y la fecha de interpuesto al requerimiento, conforme a lo señalado por el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público, concordado con el artículo 334 inciso 5 del Cogido Procesal Penal vigente, el recurso impugnativo se encuentra fuera del plazo establecido por la ley, habiendo transcurrido desde la fecha de la notificación (conforme se desprende de las cedulas de notificación de fs. 713 y 714) el escrito de fs. 719 y ss, un plazo igual a cinco días hábiles)

Tercero: En cuanto a la improcedencia del requerimiento.

Que, la segunda fiscalía suprema penal del Ministerio Público, en la queja de fecha 3 de marzo del año 2011, correspondiente al caso N° 604-2010-37, ha establecido como criterio lo siguiente: "que el Nuevo Código Procesal Penal, no establece de manera expresa el plazo para interponer recurso de queja (o impugnación) contra una disposición de archivo definitivo expedida por un fiscal provincial a cargo de una investigación fiscal, empero, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Ministerio Público modificado por la Ley N° 25037 señala que: "(...) el denunciante podrá recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la resolución denegatoria (...)". Sin perjuicio de lo antes dicho, ha precisado que dichas normas son concordantes con lo dispuesto en el inciso 1 de artículo 414 del Nuevo Código Procesal Penal, en cuanto precisa que, el plazo para interponer recurso de apelación contra autos, es de tres días (...), estableciéndose en el presente caso que el plazo para interponer recurso de apelación (o queja o impugnación) es de tres días, y no cinco como erróneamente se viene aplicando, puesto que el plazo otorgado por el artículo 334 numeral 5 del NCPP está referida a la elevación de la carpeta fiscal a la instancia superior, es por ello que en atención a lo prescrito por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales deben sujetarse a las instrucciones impartidas por los superiores bajo responsabilidad y ello deberá ser tomado en consideración cuando se recurra una disposición o archivo definitivo; para el computo del plazo.

Es en atención a lo indicado en los párrafos precedentes, que dicho requerimiento ha sido presentado fuera del plazo al que hace referencia

la fiscalía suprema en los penal, esto es de manera extemporánea (superando el plazo de tres días) más el término de la distancia), sin embargo, la fiscalía provincial concedió el requerimiento de elevación de actuados indicando que el requerimiento ha sido interpuesto dentro del término establecido en la citada norma en alusión, esto es, el artículo 334 del NCPP, lo cual no resulta correcto, generándose de esta forma un acto procesal nulo que debe ser declarado como tal. Por lo que se recomienda a la Fiscalía Provincial tenga en cuenta lo anotado en la presente disposición en casos similares (...).

SE DISPONE:

Primero: Declarar **NULA** la providencia de fecha 23 de junio del año 2011, que eleva los actuados al superior e **IMPROCEDENTE** el requerimiento de elevación de actuados presentado por Samuel Díaz Vergara, en representación de Unión Peruana de los Adventistas del Séptimo día Movimiento de Reforma (...) (f. 11 revés y 12)".

6. Posteriormente se expide la providencia N° 1-A, de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispone lo siguiente:

DADO CUENTA: El oficio N° 260-2011-MP-1°FSPC, remitido por la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Judicial de Cañete, con el que adjunta la disposición N° 98-2011-1°FSPC-CAÑETE, la misma que declara **IMPROCEDENTE** el requerimiento de elevación de actuados presentado por Samuel David Díaz Vergara contra la disposición N° 6 de fecha 2 de marzo de 2011, y expedido por el primer despacho de adecuación de la Primera fiscalía provincial penal corporativa de Cañete. En tal sentido, el suscrito de conformidad a lo prescrito en el inciso 1 y 3 del artículo 122 del Código Procesal Penal **DISPONE: DECLARAR CONSENTIDA** la disposición de fecha 21 de marzo de 2011, en lo que dispone, ordenándose el archivo definitivo de los actuados. Regístrese (f. 3).

7. Con forme se aprecia del contenido de la disposición cuestionada, el fiscal superior emplazado procede a tomar una decisión sobre el pedido del actor, basándose en el criterio que adoptara la segunda fiscalía suprema penal del Ministerio Público a raíz de la queja que se interpusiera en la carpeta fiscal N° 064-2010-37, del 3 de marzo de 2011 (f. 31), hecho que evidencia que la controversia se encuentra sujeta a la calificación que dicho fiscal superior efectuara del pedido del actor de fecha 5 de abril de 2011 con relación a la revisión de la Disposición Fiscal N° 6, 21 de marzo de 2011.

8. Al respecto a fojas 20 corre copia del escrito de fecha 5 de abril de 2011, del cual expresamente se aprecia que el actor "pide elevar al fiscal superior" el expediente fiscal N° 399-2009, expresando las razones por las cuales no se encuentra de acuerdo con lo decidido en la Disposición N° 06-2011.

9. Corresponde recordar que en nuestro Sistema Judicial Penal se viene implementando de manera progresiva, en los diversos distritos judiciales del país, el Nuevo Código Procesal Penal a través de cronogramas establecidos por diversos Decretos Supremos. Cabe citar, entre ellos, los Decretos Supremos N°s 013-2005-JUS (publicado el 8 de octubre de 2005), 005-2007-JUS (publicado el 5 de mayo de 2007), 007-2006-JUS (publicado el 4 de marzo de 2006), 016-2009-JUS (publicado el 21 de noviembre de 2009), 016-2010-JUS (publicado el 30 de setiembre de 2010) y 004-2011-JUS (publicado el 30 de setiembre de 2010).

   En cada una de las referidas normas también se establecieron las fechas exactas del inicio de la vigencia del referido código, siendo que en lo que corresponde al caso en particular, mediante el artículo 2 el Decreto Supremo N° 016-2009-JUS, se dispuso que para el Distrito Judicial de Cañete, la aplicación de la nueva normativa procesal penal iniciaría el 1 de diciembre de 2009.

10. Asimismo, cabe recordar que en nuestro modelo de investigación preliminar (etapa prejudicial) se estableció la posibilidad de la presentación de un recurso de queja de derecho contra la decisión de no formalizar dicha investigación a través del artículo N° 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052) modificado por la ley N° 25037, cuyo contenido dispone lo siguiente:

    "La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el fiscal provincial o ante el fiscal superior. Si este lo estimase procedente, instruirá al fiscal provincial para que la formalice ante el juez instructor competente. Si el fiscal ante el que ha sido presentado no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, a quién podrá recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior dentro del plazo de 3 días de notificada la resolución de negatoria. Consentida la resolución del fiscal Provincial o con la decisión del superior, en su caso, termina el procedimiento".

    Con la regulación del nuevo Código Procesal Penal y el nuevo diseño de la investigación preparatoria, la posibilidad de cuestionamiento de

las decisiones fiscales fue recogida a través del inciso 5) del artículo 334 de dicho cuerpo legal, al disponer lo siguiente:

"El denunciante que no estuviese conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de 5 días, eleve las actuaciones al fiscal superior.

Como es de verse, estas 2 normas legales han venido a entrar en conflicto al momento de su aplicación como consecuencia de la implementación progresiva del Nuevo Código Procesal Penal, pues regulan por igual el mismo supuesto de cuestionar la decisión fiscal de archivar el caso, variando únicamente el plazo a otorgarse al denunciante para tal fin, conflicto normativo que a consideración de este colegiado, debe ser resuelto optando por la aplicación de la norma más tuitiva para la parte que decide cuestionar dicha decisión, en razón de que dicho conflicto de orden espacial y temporal no debe afectar el derecho de las partes de acceder a un medio impugnatorio o la aplicación de la disposición que cumpla con dicha función. En tal sentido, el operador jurídico debe aplicar la norma que otorgue una mayor tutela al referido derecho".

11. En el caso de autos se aprecia que la institución demandante, con fecha 13 de julio de 2009, interpuso una denuncia contra doña Lilian Elizabeth Atanacio Ramírez de Lázaro, don Gerardo Lázaro Moreno, doña Liliana Florinda Yaya Sánchez y don Rafael Román Ruiz por la presunta comisión de los delitos contra el patrimonio - estafa, en la modalidad de estelionato y contra la fe pública (cfr. f. 7), la cual luego del procedimiento de investigación respectivo, fue desestimada por la fiscal provincial titular de la primera fiscalía provincial penal corporativa de Cañete, al declarar improcedente la formalización y continuación de la investigación preparatoria, mediante la Disposición Fiscal N° 06-2011, de fecha 21 de marzo de 2011 (f. 7 a 19), decisión que fue notificada a la parte demandante el 29 de marzo de 2011 (f. 4 revés). Con fecha 5 de abril de 2011, la institución recurrente solicita la elevación del expediente fiscal N° 399-2009 al Fiscal Superior (f. 20) lo que se realizó a través de la providencia de fecha 23 de junio de 2011 (f. 4 revés); sin embargo, dicho acto procesal fue declarado nulo mediante la disposición cuestionada de fecha 2 de agosto de 2011 (f. 4), que a su vez declaró improcedente el pedido de la institución recurrente de elevar a los actuados al fiscal superior, al considerar que en atención a lo opinado por el fiscal supremo de la primera

fiscalía suprema en lo penal, don José Antonio Peláez Bardales, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 414 del NCPP establecen que el plazo para impugnar una disposición fiscal de no formalización de denuncia es de 3 días, sea por recurso de queja o por apelación.

Cabe agregar que el contenido de la disposición N° 6, del 21 de marzo de 2011, se aprecia la carpeta fiscal N° 1106010102-2009-399-0, corriente a fojas 108 al 110 que alberga la Disposición Fiscal de adecuación y ampliación de investigación ordenada por la primera fiscalía suprema corporativa de Cañete.

12. El citado artículo 414 del NCPP establece lo siguiente:

Artículo 414. Plazos.-

1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta son:
   a. 10 días para el recurso de casación.
   b. 5 días para el recurso de apelación contra sentencia.
   c. 3 días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja.
   d. 2 días para el recurso de reposición.
2. El plazo se computará desde el día siguiente de la notificación de la resolución.

Teniendo en cuenta que el plazo aplicado por el fiscal superior emplazado es el contenido en el inciso c) del referido artículo y dada la calificación efectuada, corresponde citar el contenido de los artículos 416 y 437 del mencionado código, a efectos de conocer las finalidades de dichos medios impugnatorios:

Artículo 416. Resoluciones apelables y exigencia formal

1. El recurso de apelación procede contra
   a. Las sentencias
   b. Los autos de sobreseimiento y los que resuelven cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a 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.

2. Cuando la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio procesal en la 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 437. Procedencia y efectos

1. Procede recurso de queja de derecho contra la resolución del juez que declara inadmisible el recurso de apelación

2. También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.

3. El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso.

4. La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

13. Como es de verse la finalidad de los recursos de apelación y queja es específicamente impugnar actos procesales en la etapa de juzgamiento del proceso penal y no resultan aplicables a etapas previas, como lo son la investigación preliminar o la investigación preparatoria dado que no existe un vacío legal para el cuestionamiento del resultado negativo de dicha etapa, pues conforme se ha expuesto en el fundamento 10 supra, tanto el artículo 12 de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público como el inciso 5 del artículo 334 del Nuevo Código Procesal Penal regulan expresamente la forma y el plazo en que el denunciante debe plantear los cuestionamientos contra las disposiciones fiscales que declaran improcedente la formalización y continuación de la investigación preliminar o preparatoria.

14. Evaluando los argumentos y la normativa precedentes, se aprecia que en la carpeta fiscal N° 1106010102-2009-399-0, se procedió a la adecuación del proceso en atención a lo que dispone el artículo 18.2 del Decreto Legislativo N° 958, modificado por el artículo 1 de

la Ley N° 28994; es decir, que dicho procedimiento, luego de disponerse la adecuación y ampliación a las normas procesales del Nuevo Código Procesal Penal, debió continuar su tramitación de acuerdo a las reglas establecidas por dicho código, dado que dicha normativa inició su vigencia en el distrito judicial de Cañete el 1 de diciembre de 2009, tal y como lo dispuso en su momento el artículo 2 del Decreto Supremo N° 016-2009-JUS, razón por la cual el fiscal superior emplazado, al sustentar la improcedencia del pedido de la institución recurrente en la opinión de la segunda fiscalía suprema del Ministerio Público, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y artículo 414 del Nuevo Código Procesal Penal, lesionó los derechos invocados de la recurrente, debido a que la fecha de entrada en vigor del referido código adjetivo en cada distrito judicial y la generación del conflicto normativo temporal y espacial entre las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el Nuevo Código Procesal Penal materia de controversia, correspondía que dicho conflicto sea resuelto aplicando la norma que brindaba mayor tutela al derecho de acceso a la impugnación, conforme lo hemos detallado en el fundamento 10 *supra*, situación por la cual se evidencia que el pedido de la recurrente de elevar los actuados al fiscal superior sí fue prestando atendiendo al plazo más favorable para su evaluación (5 días según lo establece el inciso 5 del artículo 334 del Código Procesal Penal), razón por la cual corresponde estimar la demanda.

15. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que si bien es cierto que la disposición fiscal cuestionada fue resuelta aplicando una norma menos favorecedora del derecho de acceso a los recursos en atención a la opinión de fecha 3 de marzo de 2011, emitida por don José Antonio Peláez Bardales, fiscal Supremo de la Primera Fiscalía Suprema Penal, en la Carpeta Fiscal N° 604-2010, la misma no correspondía ser asumida por los fiscales emplazados, pues de acuerdo con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: "Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñaran según su propio criterio y en la forma que estimen arreglada a los fines de la institución".

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y de defensa.
2. Declarar **NULAS** la Disposición N° 98-2011-AFSPC-MP-CAÑETE, de fecha 2 de agosto de 2011, y la Providencia N° 1-A, de fecha 14 de setiembre de 2011.
3. **DISPONER** el desarchivamiento de la Carpeta Fiscal N° 399-2009 y ordenar al fiscal adjunto provincial de la segunda fiscalía corporativa de Cañete, don Jaime Juan Acevedo Saavedra, que eleve los actuados ante el fiscal superior titular de la Primera Fiscalía Superior de Cañete, don Jesús Domingo Mavila Salón, a efectos de que emita una nueva disposición fiscal pronunciándose sobre el fondo del pedido de Unión Peruana de Adventistas del Séptimo Día Movimiento de Reforma (Upasdiamor).

Publíquese y notifíquese

SS. URVIOLA HANI; VERGARA GOTELLI; CALLE HAYEN

6.4. Hace uso de las salidas alternativas[23]

Junto con entregar facultades discrecionales o regular criterios de oportunidad que pueden ser ejercidos por el Ministerio Público, la mayoría de los sistemas reformados han introducido salidas alternativas al proceso ofreciéndole soluciones diferentes a la tradicional persecución penal y que son percibidas como respuestas de alta calidad del sistema. Dentro de estas se encuentran, en nuestro criterio por los fines que tienen, el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios. No obstante la calidad de estas repuestas, su utilización por parte de los sistemas reformados ha tendido también ha ser muy baja.

(23) Para desarrollar este tema tomamos los conceptos expuestos en los Materiales de Trabajo del Curso de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal realizado por el Centro de Justicia de las Américas CEJA, en Chile el año 2005.

• **¿Qué significa "salidas alternativas"?**

Tradicionalmente en la reforma latinoamericana se ha utilizado la expresión "salidas alternativas" de modo diverso, para designar prácticamente cualquier otra forma de término que no sea la persecución tradicional. Especialmente, se ha englobado dentro de esta expresión tres tipos de instituciones que tal vez sea conveniente distinguir:

a. Las facultades discrecionales de desestimación de casos, reconocidas a los fiscales para archivar denuncias.

b. Los mecanismos de simplificación procesal. Es decir, la búsqueda de ritos de juzgamiento alternativos para alcanzar una pena, pero en donde la respuesta del sistema sigue siendo la sentencia tradicional (v. gr. el procedimiento abreviado o procedimientos simplificados en cualquiera versión).

c. La diversificación de soluciones al conflicto de fondo o salidas alternativas en sentido estricto, que tienden a la búsqueda de soluciones penales alternativas a la persecución, juicio y pena tradicional.

Existen dos razones por las que se adoptan salidas alternativas:

a. La primera: porque se trata de un área poco explorada en la reforma latinoamericana, con un gran potencial para ofrecer soluciones de alta calidad al conflicto penal, a la vez contribuye a la racionalización de los recursos del sistema (es decir, mejores soluciones a menor costo).

b. La segunda: porque su confusión con las facultades discrecionales –tratándose de instituciones que responden a lógicas diferentes– ha llevado con frecuencia a una serie de problemas en su utilización, que comúnmente terminan produciendo subutilización y deslegitimación de estos mecanismos.

• **¿Por qué tener salidas alternativas?**

Concurren en las salidas alternativas tres ideas justificatorias La primera –y que debe regir la utilización de las salidas alternativas– tiene relación con la diversificación de la respuesta penal y la búsqueda de soluciones más idóneas que la cárcel para el caso

concreto. En este sentido, las salidas alternativas, correctamente utilizadas, representan soluciones de alta calidad, verdaderos equivalentes funcionales de una sentencia, atienden a las necesidades específicas del conflicto, apuntando a las posibilidades de rehabilitación del imputado, a la prevención de que los hechos vuelvan a repetirse, al interés o temores concretos de la víctima o de terceros, o bien alguna combinación de estas. Al mismo tiempo, evitan el contagio criminal que representa la cárcel para el imputado y la violencia secundaria que las penas de cárcel inevitablemente conllevan (privar a la familia del imputado de una fuente de sustento, que esos hijos se críen sin imagen paterna, etc.). En este sentido, las salidas alternativas frecuentemente resuelven el conflicto mejor que una pena tradicional, y lo hacen a menor costo –liberando recursos para ser focalizados en aquellos casos que sí exigen persecución tradicional– y con más celeridad (cuando la respuesta tiene mayor sentido).

La segunda idea que alimenta esta línea de justificación de las salidas alternativas está relacionada con la concepción del proceso penal como una instancia de resolución de conflictos. En este sentido, es cierto que en ocasiones el conflicto es tan grave que tal vez solo la cárcel pueda resolverlo, al menos a un nivel simbólico. Pero en otros casos, distintas soluciones resultan mucho más idóneas para responder a este fin. Esto es especialmente verdadero para cierto tipo de delitos en los que la víctima tiene intereses concretos, más intensos que el interés estatal en perseguir, y que pueden ser satisfechos. En estos casos, la satisfacción del interés concreto de la víctima puede ser una solución que resuelva mejor el conflicto. Por el contrario, la imposición de una pena tradicional no solo puede no resolverlo, sino, todavía más, agravarlo.

La tercera idea en torno a la justificación de las salidas alternativas tiene que ver con su contribución a la racionalización de los recursos del sistema. En este sentido, estas tienen la externalidad positiva de ahorrar recursos, en la medida en que constituyen modos de término "más baratos" que llevar la causa a juicio y costear la cárcel. Por ello, las salidas alternativas, bien utilizadas, permiten sacar el caso del sistema en etapas muy tempranas del proceso, ahorrando todo el excedente de tiempo y recursos que en cada una de las

instituciones –tribunales, fiscales, defensores, policías, laboratorios– tomaría llevar el caso a juicio, a la vez que abarata el costo privado de los testigos, víctimas e imputados.

Las salidas alternativas se parecen a las facultades discrecionales. Sin embargo, ambos mundos no deben ser confundidos. En aquellas, el hecho de que representen un ahorro de recursos es solo una externalidad positiva, un efecto adicional deseable, pero no su principal objetivo. En este sentido, su principal objetivo es contar con respuestas diversas y apropiadas para la solución de conflictos y de acuerdo con esto, ser concebido su diseño y evaluada su aplicación.

Cuando, las salidas alternativas se utilizan al modo de las facultades discrecionales –esto es, simplemente como herramientas de descongestión del sistema– el resultado es generar simple impunidad y, con ello, deslegitimación para el sistema. En Chile, por ejemplo, durante una buena primera época de la implementación, cuando se preguntaba a un fiscal qué justificaba la aplicación de la suspensión del proceso a prueba –una salida alternativa presente en la reforma chilena– la respuesta unánime era "descongestionar el sistema". Error. Como consecuencia de ello, los fiscales con frecuencia aplicaban salidas alternativas sin una evaluación acerca de si las condiciones que estaban imponiendo eran idóneas para este caso concreto, si iba a ser posible fiscalizarlas, o si es que el interés concreto de la víctima tenía algún rol en la decisión.

Los principales problemas para la concepción de esta institución son, lo mismo que en las facultades discrecionales, las profundas raíces que tiene el principio de legalidad procesal en nuestra cultura jurídica. En el ámbito de las facultades discrecionales, la cuestión era fundamentalmente la imposibilidad fáctica de cumplir en serio con el principio de legalidad procesal, la consecuente necesidad de racionalizar los recursos, y la igualmente intensa necesidad de que dicha racionalización se institucionalizara, transparentando y uniformando los criterios en que ello se realiza.

En el ámbito de las salidas alternativas, "La razón primordial para abandonar el principio de legalidad es, la idea de que hay mejores respuestas para este caso en particular, atendidas sus concretas

circunstancias". Esta "mejor respuesta" es "mejor" por una de dos cosas:

a. Porque disuelve el conflicto concreto (típicamente cuando la víctima se siente reparada y, en consecuencia, siente que ya no hay conflicto entre ella y el imputado); o bien,

b. Porque genera una solución que, en el sistema en su conjunto, disminuye el nivel general de violencia y conflicto (típicamente, por ejemplo, porque tiene mejores posibilidades de reinserción social, evita la desintegración de la familia, aborda algunos de los problemas que subyacen al impulso delincuencial del imputado, etc.).

• **Un modelo alternativo de organización del trabajo**

En aquellos sistemas que cuentan con salidas alternativas, se observa que la organización del trabajo en torno a ellas ha seguido la misma suerte que todo el resto del modelo organizacional del Ministerio Público. En este sentido, cada fiscal debe adoptar las decisiones respecto de sus propios casos, incluida la decisión de recurrir a una salida alternativa y los trámites ulteriores que dicha decisión conlleva. En cierto nivel, es más razonable que esto ocurra aquí que en las facultades discrecionales, pues las salidas alternativas ponen más exigencias al fiscal: escuchar o persuadir a la víctima, negociar y persuadir al imputado, esperar a que este tenga abogado, eventualmente contar con más información acerca del caso para adecuar la decisión a la política criminal o al ámbito de aplicación delimitado por el CPP.

Sin embargo, esta forma de organizar la labor duplica el trabajo (alguien tiene que leer el caso por primera vez para ingresarlo al Ministerio Público, para asignarlo a un fiscal o para decidir que no se va a desestimar), a la vez que desaprovecha economías de escala (cada trámite que la decisión exige debe ser realizado renovadamente por cada fiscal, cada audiencia es atendida por separado, etc.).

Aun siendo ciertas las exigencias adicionales que imponen las salidas alternativas, todavía hay espacios importantes para organizar el trabajo y, de esta manera, lograr economías de escala y mejorar la productividad y eficiencia de la institución. Estas economías

se logran centralizando, cuando sea posible, la realización de esta función.

En el caso de las salidas alternativas hay menos experiencia acumulada que respecto de las facultades discrecionales. Sin embargo, algo de experiencia hay y, por sobre ella, las posibilidades concebibles son múltiples. Trataremos de ofrecer algunos modelos alternativos, con la intención de proveer imágenes acerca de dónde deben estar los focos de atención, cuáles son los problemas, y cuáles las aproximaciones disponibles para hacerse cargo de ellos.

• **Salidas alternativas y primera audiencia**

Recordemos que en un proceso por audiencias, la detención de una persona dará lugar por lo general a una audiencia bastante inmediata para una serie de posibles objetivos: controlar la detención, formular cargos, discutir la prisión preventiva, fijarle plazo a la investigación, etc.

En el caso de las salidas alternativas el principal espacio de optimización del trabajo se vincula a la posibilidad de terminar la mayor cantidad de causas posibles por vía de las salidas alternativas precisamente en esa primera audiencia. En el mundo anglosajón, por ejemplo, una gran porción de salidas alternativas se producen precisamente allí.

Lograr esto exige diseñar modelos de trabajo que pongan al fiscal en condiciones de contar con la información que las salidas alternativas requieren en este primer momento. Si no se trata de un caso flagrante no hay problema, el fiscal tiene más laxitud para proveerse de dicha información. Pero estos casos son los menos; la mayoría de las veces estaremos en presencia de delitos flagrantes y es allí donde se plantea la complejidad.

• **Análisis de la denuncia y decisión**

Si hay un equipo de decisión temprana que va a recibir las denuncias ingresadas para su desestimación, entonces esa unidad ya está haciendo el costo de leer los antecedentes de la denuncia que es candidata a una salida alternativa. Siendo ello así, parece razonable no duplicar trabajo y que ese mismo equipo marque por lo

menos las causas que son candidatas naturales a salidas alternativas. Prácticamente al mismo "costo", esta unidad puede:

a. "Marcar" el caso como candidato a un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del proceso.

b. Clasificar el caso por tipo de delito, por cada una de las salidas alternativas.

c. Listar la información faltante para adoptar la decisión final.

d. Enviar el caso a la unidad que se haga cargo en definitiva de materializar la salida alternativa.

Si tenemos salidas alternativas debemos atender las siguientes necesidades logísticas y organizacionales:

a. Análisis de la denuncia y decisión

b. Unidad de litigación inicial

c. Información y voluntades

• **Unidad de litigación inicial**

Las salidas alternativas requieren más que la simple decisión unilateral del Ministerio Público. En primer lugar, necesitan reunir voluntades del imputado y en ocasiones de la víctima. Asimismo, teniendo en cuenta que en las facultades discrecionales, por lo general la información necesaria para tomar la decisión surge de la denuncia y sus antecedentes más inmediatos, las salidas alternativas con frecuencia exigen algo más de información. Esto hace que la labor de obtener la salida alternativa para el caso concreto escape a la lógica de trabajo del personal dedicado a desestimar denuncias.

Por ello, parece razonable que la labor de conseguir la materialización de una salida alternativa esté entregada a otro equipo (una unidad de litigación de la primera audiencia, por ejemplo). Nada obsta a que este grupo de personas estén formalmente dentro de la unidad de decisión temprana, sean una extensión de la misma, respondan a un mismo jefe, o bien sea una unidad independiente. La cuestión relevante es que la persona que acaba de gastar veinte minutos revisando un caso y descartando su desestimación, debe ahora pasar al caso siguiente; no puede ponerse a llamar a la víctima o al

abogado del imputado para negociar una salida alternativa. Se trata, pues de funciones distintas, con otros ritmos, otra lógica, otras directrices político-criminales, y que exigen otros recursos.

Por supuesto, esto se ve con más claridad las fiscalías grandes y sobrecargadas, que en una fiscalía con pocos fiscales y casos. Pero ese es siempre el caso con la búsqueda de mejores métodos de organización y gestión.

En este sentido, la idea es utilizar la primera audiencia para despachar tantas salidas alternativas como sea posible. Una opción razonable, entonces, es organizar una unidad de litigación inicial (ULI) y radicar allí la litigación de la primera audiencia, incluyendo la búsqueda de salidas alternativas en los "casos fáciles".

Esto exige que la ULI haga un trabajo adicional, en primer lugar para decidir si, efectivamente, quiere perseguir una salida alternativa y, si es así, preparar la audiencia. Este trabajo está básicamente asociado a la obtención de información adicional y la exploración de las voluntades de la víctima y el imputado. Las salidas alternativas exigen del fiscal que va a tomar la decisión final al menos lo siguiente:

a. **Obtención del historial policial del imputado.**- Normalmente esto exigirá comunicarse con una central de archivos policiales, sea por teléfono, correo electrónico o fax. Este historial policial puede ser relevante para el fiscal al momento de decidir el mérito de perseguir una suspensión condicional, o de decidir ir a pelear el interés público prevalente en el caso del acuerdo reparatorio. Se trata, por ende, de información necesaria para que el fiscal adopte sus decisiones. La admisibilidad de dicha información es más compleja (ni obvia ni imposible), pero ese es un debate que pertenece más bien a las reglas de la prueba.

b. **Obtención del historial del imputado en el Ministerio Público** en relación con salidas alternativas previas.- A esto debe agregarse su integración con otra información equivalente, por ejemplo casos en que se aplicó, respecto del sujeto el principio de oportunidad en sentido estricto, o sea, se tenía identificado, y/o era un caso investigable, pero se decidió no

seguir adelante por priorización en el uso de los recursos. Como decíamos, a propósito del registro que sobre estas salidas debería llevar el Ministerio Público, esta es información valiosa para tomar decisiones. Así, por ejemplo, la ley, las políticas criminales generales o aun el propio fiscal en el caso particular podrían estar menos dispuestos a ofrecer una suspensión condicional del procedimiento a un imputado que ha pasado varias veces ya por el sistema. O bien, si el sujeto ha incumplido condiciones anteriormente, ha abandonado los programas a los que se le había sometido, terminó no reparando completamente a la víctima, u otras conductas semejantes, probablemente eso sea una señal para el fiscal y el juez respecto de la conveniencia de recurrir en el caso actual a dichas salidas.

c. **Obtención de información acerca de casos pendientes en otras fiscalías o tribunales.**- También esta es una información valiosa para tomar decisiones. Si tengo a un imputado por un hurto de bagatela y otros fiscales o tribunales lo están buscando por homicidio tal vez sea una mala idea dejarlo reparar a la víctima en la primera audiencia y sin tomar en cuenta lo anterior. En este sentido, debería contarse con una base de datos que permita obtener dicha información.

d. **Revisión de los sistemas de inteligencia.**- Esta revisión se hace con el objeto de hacer correr en dicho sistema (unidades del Ministerio Público, de la policía, u otras), el nombre del imputado, su territorio delictual, su modus operandi y elementos análogos. Por ejemplo, si el delito es de bagatela (hurto de bicicleta) y en los últimos seis meses se ha registrado una cantidad considerable de este tipo delictual sin tener sospechosos, por lo que estos casos habían sido archivados, entonces, al existir un imputado concreto en este delito y en la misma zona geográfica, resulta razonable revisar los casos que en principio habían sido archivados.

e. **Comunicación telefónica o personal con la víctima**

   i. Recibir de ella un relato de primera mano acerca de los hechos, con especial atención a circunstancias que puedan

no estar reflejadas en el parte policial y que puedan sugerir un interés público prevalente en la persecución penal.

ii. Comprometer su asistencia a la audiencia en que se ventilará el acuerdo reparatorio.

iii. Explicarle la posibilidad de terminar el caso con una salida alternativa y conocer su interés concreto al respecto y las condiciones bajo las cuales aceptaría la salida alternativa.

f. **Comunicación con el imputado.**- La comunicación con el imputado es indispensable para explicarle la posibilidad de llegar a una salida alternativa y conocer su disposición hacia ella. Pero, sobre todo, para saber si la salida alternativa en cuestión tiene viabilidad en los hechos: ¿puede el imputado reparar a la víctima lo que esta demanda? ¿estaría dispuesto a someterse a un tratamiento?, ¿estaría dispuesto a abandonar el hogar familiar y, sin embargo, seguir manteniendo a su familia?, etc.

g. **Comunicación telefónica o personal con el abogado.**- Comunicación telefónica o personal con el abogado defensor para explorar su posición respecto de un posible acuerdo.

Aunque este listado de cosas puede dar la impresión de que son exigencias imposibles para tan poco tiempo (recordemos que estamos hablando de finiquitar en lo posible la salida alternativa en la audiencia del día siguiente), todo depende, una vez más, de la organización del trabajo, la tecnología con que contemos y las "imágenes" que tenemos en mente acerca de en que consiste este trabajo.

Las exigencias de información son prácticamente pura informática. Por supuesto, esto puede dar lugar a sistemas computacionales y bases de datos muy sofisticados del Ministerio Público, en red con la policía y los tribunales. Óptimo. Pero la mera disponibilidad de computadores puede lograrlo también, aun sin *software* especial o sofisticado, si es que el trabajo está organizado con la idea clara de que es necesario contar con esta información.

Debe considerarse que hay fiscalías en nuestra región que ni siquiera cuentan con teléfonos, y que toda la gracia de los módulos de gestión que hemos revisado pretenden precisamente aumentar la productividad a partir de los mismos recursos.

En este sentido, si no hay computadoras tal vez algunas de estas áreas de información puedan ser satisfechas manualmente, pero, para instituciones cuyo producto principal es la información (como el Ministerio Público y la Policía), no contar con computadoras significa carecer de una herramienta básica de trabajo. Ahora bien, la cuestión relevante es lo que se observa en muchas fiscalías: aun existiendo los medios (computadores, internet) no hay claridad sobre el hecho de que esta información es necesaria, para qué es necesaria, y cómo organizarla en función de las específicas necesidades que impone el trabajo en torno a las salidas alternativas.

En el caso de la comunicación y negociación con la víctima y el imputado, hay varias opciones posibles y se le puede sacar partido a todas ellas, mezclarlas u optar por algún sistema en particular:

i. Una opción es que el imputado esté detenido físicamente cerca de la fiscalía. Por ejemplo, que en ciertos casos la policía lleve directamente al detenido a celdas en el Ministerio Público, o del tribunal. En estos casos, el fiscal puede hacer contacto en forma directa y personal.

ii. Otra opción es tener fiscales de turno en las estaciones de policía, sin embargo, se altera el modelo organizacional que estamos planteando.

iii. Una alternativa adicional es usar computadores en la estación de policía, con cámaras de video, en línea con el Ministerio Público. Esta, exige tecnología que, si bien es completamente usual en el mundo de la computación (las cámaras de computador son de uso corriente, baratas y asequibles), tal vez sea todavía mucho pedir en un mundo en donde la tecnología está apenas ingresando, como el Ministerio Público y la policía latinoamericana. Con

todo, en un análisis costo-beneficio un sistema como este es a la larga más rentable que cualquier alternativa.

iv. En todos los casos anteriores es perfectamente posible que la entrevista con el imputado no la haga necesariamente el fiscal a cargo del caso o, mejor aún, es perfectamente posible que no haya un fiscal a cargo del caso. Siendo así, se puede establecer un turno en la unidad a cargo de las salidas alternativas (en el modelo propuesto a modo ejemplar, el equipo de litigación inicial) para contactar al imputado.

v. Una última posibilidad es que no podamos –o simplemente prescindamos– de contactar al imputado, y tratemos directamente con el abogado (considerando que, de todos modos, vamos a tener que negociar con él). El único inconveniente es la ineficiencia que típicamente va adosada a la mediación ("no he hablado con mi cliente todavía, no sé cuál es su opinión (...)"; "no sé si está en condiciones de indemnizar esa cantidad (...)"). Sin embargo, ocurre con frecuencia en sistemas adversariales más consolidados que los abogados defensores desarrollan metodologías de trabajo para ponerse en contacto con su cliente tempranamente y obtener de ellos la información básica relevante para promover una salida alternativa (consentimiento y factibilidad). Cualquiera sea la forma, debemos tener en cuenta que obtener del imputado lo que necesitamos para efectos de tomar una decisión sobre las salidas alternativas no es una entrevista larga y formalizada. De hecho, usualmente se necesitan unos pocos intercambios de palabras.

• **En relación con el abogado defensor**

Comúnmente, si estamos en el escenario de una salida alternativa, tanto al fiscal como al defensor les interesará ponerse en contacto. Como lo hemos señalado, en sistemas adversariales más consolidados muchas veces la práctica es que el abogado defensor busque al fiscal para discutir esta posibilidad. Ello, por supuesto, depende de que el sistema pueda organizarse para permitirlo: formas

de organización que hagan posible asignar abogados rápidamente al caso, que permitan a dicho abogado acceder al imputado, que le permitan además conocer al fiscal que está a cargo del caso, o aquel autorizado para negociar.

En este sentido las alternativas dependen de las que discutíamos en relación con el contacto fiscal-imputado. Veamos algunas:

a. Si el imputado tiene abogado privado, entonces probablemente será la primera persona a la que el imputado llamará. El abogado privado, entre otras cosas, se pondrá en contacto con el fiscal para discutir la posibilidad de una salida alternativa. Si no hay un fiscal "asignado al caso", como en el modelo que hemos venido discutiendo, al menos habrá un equipo de fiscales que estará de turno para litigar las primeras audiencias del día siguiente, o bien que estará de turno en el cuartel policial respectivo, dependiendo del modelo. Si esto no ocurre, siempre puede el fiscal pedirle al imputado el nombre del abogado y tomar la iniciativa del contacto.

b. Si la defensa del imputado va a ser asumida por un defensor público, también hay aquí varias posibilidades. Una es que la defensoría cuente con abogados en las estaciones de policía o con equipos de turno para concurrir al centro de detención o a la estación de policía. Si la defensoría pública está organizada en equipos por funciones (igual como se ha sugerido para el caso de los fiscales), entonces es posible que estos defensores no vayan a litigar a la primera audiencia, pero aun así pueden asesorar al imputado, negociar con el fiscal la salida alternativa, y enviar instrucciones al defensor de turno en la primera audiencia (igual como operarían los fiscales).

c. Si no va a haber contacto del defensor con el imputado en el centro de detención, entonces siempre es posible para el fiscal negociar la salida alterativa inmediatamente antes de que comience la audiencia respectiva, o bien proponerla en el transcurso de esta, con las mismas salvedades que hacíamos respecto de utilizar la audiencia de esta manera.

• **En relación con la víctima**

En primer lugar, la recolección inicial de información (parte policial, denuncia), debe generar la información de contacto con la víctima. Teléfonos fijos, celulares, correos electrónicos, el teléfono de algún vecino (si la víctima no cuenta con uno), direcciones, las coordenadas de contacto de donde sea que la víctima vaya a estar las 24 horas siguientes al delito. Es indispensable que el Ministerio Público esté en condiciones de ubicar a la víctima y la respectiva información debe ser generada con tanta especificidad como se requiera para ello. Usualmente será la policía la encargada de obtener esta información, de manera que el Ministerio Público debe coordinar con esta entidad para que ella esté en el informe o la denuncia.

El Ministerio Público y la policía deben coordinar procesos para facilitar la ubicación de la víctima por parte del Ministerio Público en las horas siguientes a la detención. Este tipo de coordinación, en cualquiera de las versiones que esbozamos en los puntos siguientes, exigen que el Ministerio Público se preocupe por hacer que los policías entiendan la lógica y el modo en que operan las salidas alternativas y conozcan los criterios del Ministerio Público en torno a ellas, para optimizar los procesos de trabajo.

Un buen escenario es poner a la víctima en contacto con el Ministerio Público al momento mismo de la denuncia. Si contamos con la tecnología necesaria, una opción es que la denuncia sea tomada por la policía con comunicación en línea con la fiscalía, (parte en línea con video o con audio). Si esto no es posible, tal vez una opción sea que la policía tome la denuncia y, según la coordinación e instrucciones generales del Ministerio Público, cite a ciertas víctimas a la Fiscalía para algunas horas después cuando el informe policial haya llegado a dicha institución o que las envíe inmediatamente, si el informe policial puede ser enviado electrónicamente.

A estas alturas, el aparato de persecución tiene poca información acerca de una posible salida alternativa, de hecho el caso ni siquiera ha pasado el primer filtro en el Ministerio Público. En este sentido, esta es una posibilidad que probablemente sea acotada y que exige coordinación fina entre policías y fiscales, amén

del riesgo de duplicación de trabajo y de transformar la denuncia en algo muy costoso para la víctima en términos de tiempo y espera. Sin embargo, es una herramienta adicional y no tiene por qué traducirse necesariamente en demora e ineficiencia, en la medida en que sea bien diseñada y ejecutada.

Pensemos en un escenario posible, en el formato de una instrucción general del Ministerio Público a la policía (previamente discutida y coordinada entre ambas instituciones).

Por ejemplo, tratándose de una detención por lesiones en el contexto de violencia doméstica, el policía, una vez que haya confeccionado el parte-denuncia, deberá citar a la víctima directamente al Ministerio Público cuando se verifiquen las siguientes condiciones: 1) que las lesiones no hayan producido la internación de la víctima en un centro de salud; 2) que la víctima señale no desear que el victimario sea encarcelado, o manifieste otro interés (que no vuelva a la casa, que deje de beber, que no las golpee más, etc.); y 3) que el imputado no ha sido condenado anteriormente por este u otro delitos.

Este tipo de instrucciones puede darle mayor o menor espacio a la policía para evaluar el caso. En el ejemplo, no se le dice a la policía, que evalúe si este caso podría llegar a una salida alternativa; en cambio, se les pide que indaguen de manera concreta los criterios de actuación de los fiscales. Recuerden que solo estamos tratando con la facultad de la policía para trasladar directamente a la víctima al Ministerio Público o no. En este sentido, se trata de la decisión de facilitar al contacto inmediato entre fiscal y víctima. Por lo tanto, si el policía decide no enviar a la víctima a la fiscalía, todavía es perfectamente posible para el fiscal, que debe evaluar el caso de cara a la salida alternativa, llamar a la víctima por teléfono, citarla para el día siguiente o para ese mismo día en la oficina, etc.

Tal vez algunas víctimas puedan ser enviadas directamente al Ministerio Público a realizar la denuncia (no solo a hablar con el fiscal). En este caso hay que tener cuidado con no saturar al Ministerio Público con denunciantes. Si la policía llegó al lugar del hecho está en mejores condiciones para tomar la denuncia que un funcionario del Ministerio Público en su oficina. Por

otro lado, hay que cuidarse de no duplicar trabajo (considerando que la policía tendrá que hacer el parte policial), o de hacerlo lo menos posible. Por ejemplo, si la policía va a enviar a la víctima a hacer la denuncia directamente al Ministerio Público, tal vez no sea necesario que le tome declaración, o tal vez dicha declaración deba solo reducirse a la consignación de los hechos que justifican el trabajo policial en la escena, o a cuestiones que deban ser registradas por si el caso llega finalmente a juicio. Sobre todo, hay que tener cuidado de que la policía no envíe a las víctimas directamente al Ministerio Público simplemente como una forma de sacarse trabajo de encima. Es decir, deben detectarse razones muy concretas para hacer esto. Un ejemplo, es que la policía, siguiendo las instrucciones generales del Ministerio Público (o aún las instrucciones específicas que reciben del fiscal de turno, con quien se han comunicado por teléfono), evalúe que una salida alternativa es posible y que la detención se ha producido en horas de la noche. Probablemente el Ministerio Público tenga fiscales con turno presencial las 24 horas y el turno nocturno tenga baja carga de trabajo. Tal vez en ese caso, Ministerio Público y policía, hayan coordinado que dichas denuncias sean directamente tomadas por el o los fiscales de turno, para liberar en lo posible el recurso policial, y llevar esos casos a la primera audiencia judicial en la mañana del día siguiente (a escasas horas de la detención).

En este sentido, puede ser una buena idea no gastar fiscales para esta labor, sino funcionarios de menor formación aunque bien entrenados. También sería óptimo que estos funcionarios pertenezcan a la unidad de decisión temprana, para evitar la duplicidad de labores. En este caso, la denuncia debería ser evaluada en el mismo acto de tomarla, entre otras cosas para efectos de su precalificación como candidata a una salida alternativa, en cuyo caso debe ser enviada al equipo de litigación de la primera audiencia. Otra posibilidad es que la policía simplemente le advierta a la víctima –o a ciertas víctimas, según la coordinación e instrucciones generales del Ministerio Público– que un funcionario de la fiscalía (no necesariamente un fiscal) se pondrá en contacto con ella en las horas siguientes, en el teléfono que la víctima ha provisto para tal

efecto, de manera que asegure su disponibilidad al momento de la comunicación.

6.4.1. El principio de oportunidad

El principio de oportunidad es un instituto novedoso del Derecho Procesal Penal, representa un mecanismo de simplificación del procedimiento, es decir una opción para la obtención de una solución para el caso a través de procedimientos menos complejos que el procedimiento común. "Se trata de brindar posibilidades de solucionar el conflicto que representa todo caso penal eludiendo la respuesta tradicional en la cual el representante estatal encargado de la persecución desarrolla su actividad procesal con el objeto de lograr un pronunciamiento condenatorio, esto es, la realización del Derecho Penal sustantivo y la aplicación de su respuesta característica, la pena"(24). Este supuesto evita cumplir con todas las etapas del procedimiento común para obtener la solución jurídica del caso y, además, evita la aplicación de la respuesta tradicional del Derecho Penal: la pena.

La ley penal describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Su actuación práctica requiere un procedimiento mediante el cual se procure establecer si en verdad ha ocurrido, para dar paso a la aplicación de la sanción prevista al responsable. Sobre este punto se presentan teóricamente dos alternativas:

a. La reacción del Estado buscando acreditar el hecho para castigarlo tiene que darse en todos los casos sin excepción y con la misma energía; o

b. Se puede elegir a través de órganos estatales, en qué casos se va a provocar esta actividad y en que casos no, según diversas razones.

La primera se denomina **legalidad;** la segunda **disponibilidad u oportunidad.**

El principio de legalidad se relaciona con la visión del delito como infracción y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución,

(24) BOVINO, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco.* Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1966, p. 93.

mal por mal); el de oportunidad con la visión del delito como conflicto y con las teorías relativas a ella, dando paso a la idea de alternativas frente a la pena y, priorizando la solución real –no simbólica– del conflicto.

- **El principio de legalidad**

Se ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (policía o Ministerio Público) que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar. En este sentido, todo delito que signifique una acción pública debe ser investigado, juzgado y, de ser el caso, castigado con el mismo compromiso por parte del Estado.

Su influencia se advierte en el momento inicial de la acción penal y en el momento posterior de su ejercicio. Cuando se actúa bajo este principio surgen otros dos:

a. Inevitabilidad.- Significa que frente a la hipótesis de la comisión de un delito necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal para la investigación, juzgamiento y castigo, sin que pueda evitar se de ninguna manera o por ninguna razón.

b. Irretractibilidad.- Iniciada la acción penal, puesta en funcionamiento la persecución penal del Estado, tal ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agote la pena que se hubiera impuesto mediante el dictado de una sentencia.

De este modo, el principio de legalidad procesal estructura un sistema de persecución que obliga a los órganos estatales a intervenir frente a todo hecho punible. El principio de legalidad procesal implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el Ministerio Público.

- **Justificación y crítica al principio de legalidad**

El principio de legalidad ostenta serias y fundadas justificaciones de carácter teórico. Sin embargo, cada una de ellas recibe

una crítica y contundentes cuestionamientos desde el campo de la realidad:

a. Se argumenta a favor del principio de legalidad que solo a través de él se puede cumplir con los fines de la pena. Pero este es un punto de vista retribucionista. En muchos casos se pueden alcanzar los fines de prevención general y especial sin necesidad de imponer una sanción.

b. También se sostiene que es la mejor forma de garantizar el principio de igualdad ante la ley. Sin embargo la aplicación general de la ley penal es desigual, porque afecta prioritariamente a los sectores marginados de la sociedad.

El principio de legalidad sufre sus más severas críticas desde la óptica de su aplicación práctica y por encima de lo que manda la ley, en verdad no tiene vigencia, porque en el mundo no hay sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a todos los que ingresan a él. El proceso penal se presenta, criminológicamente, como un proceso de selección. Esto ocurre por una serie de razones que conspiran contra la vigencia efectiva del principio de legalidad:

a. La primera de ellas es la que se llama cifra negra, que son los delitos que no se conocen porque no se denuncian.

b. Se puede hablar también de una cifra dorada constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones diversas: influencias políticas o gremiales, prebendas económicas, etc. Y si lo hacen, reciben un tratamiento especial que determina su no investigación por decisiones expresas (archivo de la denuncia y declaración de prescripción, por ejemplo).

c. Hay en la sociedad cierta tolerancia para algún tipo de delitos que engrosaran la cifra negra o la cifra dorada. Por ejemplo en el delito de aborto, solo se conoce una ínfima proporción. En efecto, se conoce cuando acarrea secuelas graves a la salud o cuesta la vida de la mujer que pertenece a sectores marginales de la población, que tienen que acudir a una curandera y terminan atendiéndose en un hospital público por los graves daños ocasionados.

d. Imposibilidad material para dar tratamiento a todos los delitos que ingresan al sistema. Ello determina la aparición de criterios salvajes de selección por priorización de tratamiento. La justicia penal solo se ocupa de un número ínfimo de casos, cifra que se reduce aún más si consideramos los casos en los que se arriba a un veredicto condenatorio. De todos los casos eventualmente punibles, solo algunos ingresan formalmente al sistema de justicia penal. Asimismo, de todos estos, solo algunos culminan con la imposición de una pena. Finalmente, del total de los casos en los que se inicia la investigación, el porcentaje de casos que llega a la etapa de juicio nunca supera el 10 %[25].

La consagración del principio de legalidad en nuestro sistema procesal penal ha generado, en la actualidad, un callejón sin salida, al establecer la obligatoriedad de persecución penal para todos los delitos. Esto trae como consecuencia una excesiva carga procesal, hecho frente al cual surge la necesidad de discriminar, de manera limitada, qué delitos serán los perseguidos, lo cual se conoce como principio de oportunidad que constituye una excepción en nuestro ordenamiento procesal al principio de legalidad.

- **El principio de oportunidad o disponibilidad**

De acuerdo a este principio se otorga al Ministerio Público cierto ámbito de discreción para el ejercicio de la acción penal pública. El artículo 11 del Decreto Legislativo N° 052, su ley orgánica, le obliga como principio general a perseguir en todos los casos, luego el ejercicio de la acción penal corresponde constitucional y legalmente al Ministerio Público. Excepcionalmente, a partir de 1991, en aquellos supuestos enunciados en el artículo 2 del CPP, se le autoriza a abstenerse de ejercitar la acción penal o a solicitar se dicte auto de sobreseimiento, si la acción hubiese sido ejercida. Si bien esta autorización está reglada, pues está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos, una vez que estos se cumplan, la decisión pertenece exclusivamente al Ministerio Público. "Solo el

(25) Cfr. BARRIENTOS PELLECER. *Derecho Procesal Penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, p. 173.

Ministerio Público está en condiciones de aplicar estos mecanismos procesales de un modo más o menos coherente, racional y sistemático para lograr el objetivo de dar un grado mayor de racionalidad a actividad persecutoria"(26).

El principio de oportunidad es definido, "como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurran las condiciones ordinarias para 'perseguir y castigar'"(27).

Si bien el principio de legalidad no se puede realizar previamente, por existir un sinnúmero de delitos que no son denunciados o que no pueden ser investigados por diversas razones (lo que constituye la llamada cifra negra de la criminalidad); con el principio de oportunidad este "dejar de hacer", es racional en beneficio de todos: del agraviado, que puede acceder rápidamente a la reparación por el daño sufrido; del imputado, que soluciona en breve término su situación jurídica; de la sociedad, que soluciona armoniosamente un conflicto; y del sistema de administración de justicia, que descongestiona el despacho judicial, con significativo ahorro de tiempo y recursos.

"La limitación de la persecución penal, por intermedio de los criterios de oportunidad, puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales del sistema penal (...), procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad, que por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad"(28).

(26) BOVINO, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, p. 111.
(27) CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 16.
(28) MAIER, Julio B. J. *Derecho Penal procesal argentino*. Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 558.

• **Fundamentos del principio de oportunidad**

En términos generales puede decirse que la obligación de perseguir y castigar todo delito, inherente al principio de legalidad, puede admitir excepciones fundadas en distintas razones, entre ellas destacan:

a. La necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, evitando los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas, como la priorización inversa.

b. La conveniencia de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal evitando las desigualdades en contra de los más débiles.

c. La utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad o el descubrimiento de organizaciones delictivas; o de convenir la menor extensión de la pena por acuerdo entre el acusador y el acusado para acelerar y abaratar el proceso, permitiendo una mejor asignación de recursos y una rápida decisión del conflicto; o la priorización de otros intereses sobre la aplicación de la pena sobre todo en delitos de mediana gravedad.

d. Razones de política criminal para evitar la persecución de determinados ilícitos y sobreseer casos de pequeña criminalidad, así se evitaría la saturación del sistema judicial y los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.

Asimismo, con la introducción de este principio se deben evitar, por ejemplo, numerosos procesos por delitos de bagatela, que irremediablemente tienen que ser procesados distrayendo recursos y tiempo que son necesarios para ver casos más importantes. En este sentido, la falta de capacidad de todo el aparato estatal llevà a la ineficacia del proceso. Esto es, al no descubrimiento de la verdad formal y, en consecuencia, a la impunidad.

• **Sistemas de instrumentación**

Se conocen dos sistemas de instrumentación del principio de oportunidad: la oportunidad libre y la oportunidad reglada.

a. **La oportunidad libre.**- Corresponde al Derecho anglosajón. Parte de la premisa de que el fiscal solo lleva a juicio aquello que puede ganar logrando una condena, sino existe tal posibilidad, no hay acusación. Además, para lograr dicha condena se permiten negociaciones que pueden llevar a la impunidad. "En esta concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular, que es el fiscal, puede iniciarla o no hacerlo: puede una vez iniciada desistirla; puede acordar con el acusado reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida en que este acepte su responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante; puede dar impunidad total o parcial por la comisión de un delito cuando ella sea útil para el descubrimiento de otro más grave"(29).

b. **La oportunidad reglada.**- Es propia del Derecho continental europeo. Significa que sobre la base del principio de legalidad se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado y a veces también de la víctima.

Este criterio de selectividad denominado principio de oportunidad es una excepción al reino del principio de legalidad. La oportunidad en ordenamientos procesales como el nuestro, se encuentra reglada. Es decir, solo se puede aplicar a delitos que afecten levemente el interés social y bajo determinados presupuestos.

El poder discrecional está a cargo del Ministerio Público, como titular exclusivo del ejercicio de la acción penal pública; y, en caso de haber iniciado la acción penal, el juez dictará el correspondiente auto de sobreseimiento fundamentándose en este principio, pero solo a pedido del fiscal provincial y dentro de los supuestos que la ley señala y que veremos más adelante.

Como afirma Fabricio Guariglia este sistema se diferencia sustancialmente del anterior, por cuanto, "los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar

(29) CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal.* Editores del Puerto 1997, p. 18.

a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente, o desistiendo de su ejercicio cuando le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal"(30).

• **Supuestos de aplicación**

Los supuestos de aplicación del principio de oportunidad previstos en el artículo 2 del CPP de 2004 difieren de los previstos en su antecedente de 1991 y sus modificatorias. Como lo explica con amplitud y solvencia Rober Aldo Angulo Araujo(31), el legislador de 2004 reincide en el camino trazado, ampliando incluso su ámbito de proyección: "en primer lugar modifica los presupuestos que pueden dar lugar a la renuncia a la persecución penal, para luego introducir categorías que hasta el momento no se conocían en el sistema procesal penal peruano tendientes a elevar la productividad de la renuncia a la persecución penal y, consecuentemente, para obtener mayores índices de descongestión procesal", como veremos al analizar cada uno de los apartados de dicho artículo.

El apartado 1 del artículo segundo establece que el "Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos"(32).

Primer supuesto: "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".

(30) GUARIGLIA Fabricio. "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad". En: AA.VV. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. 1993, p. 92.

(31) ANGULO ARAUJO Robert Aldo. "La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP de 2004". En: *Actualidad Jurídica*. N° 148, pp. 130-135.

(32) NOTA: Téngase presente que el artículo 2 del CPP establece que, "el Ministerio Público de oficio o a pedido de imputado y con su consentimiento podrá abstenerse de ejercitar la acción penal ( )", por eso, a quien primero hay que preguntar y quien debe dar su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad es el imputado. Esto tiene su fundamento en que él puede considerarse inocente y el proceso penal es precisamente para determinar si es o no responsable de la comisión del delito. Actuar contra el criterio del imputado es atentar contra el principio de presunción de inocencia."

En este caso falta de necesidad de penase han introducido dos precisiones.

En primer término, el legislador ha querido dejar sentado que no constituye ningún impedimento la naturaleza subjetiva del comportamiento imputado, señalando expresamente que la renuncia a la persecución procede en los casos de falta de necesidad de pena, tanto respecto de hechos criminales culposos como dolosos.

En segundo término, se ha introducido una limitación expresa en el ámbito de los delitos en que resulta aplicable este primer criterio de oportunidad, cuando señala que: "siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años", de manera que la renuncia no resultará procedente en caso de delitos de gravedad tal que la sanción supere los cuatro años de privación de libertad.

En este sentido, en los casos de comisión de un delito cuya consecuencia afecte gravemente al agente y la pena resulte inapropiada, nos encontramos en el supuesto de aplicación del llamado principio de humanidad del Derecho Penal, en tanto se establece que la aplicación de una pena resultaría inapropiada para el agente del delito, que tiene la condición de infractor y víctima, porque es afectado por el delito que produce.

El profesor San Martín sostiene que: "Se trata de un supuesto de falta de necesidad de pena porque el imputado se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias del delito y ya no resulta necesario por ninguna de las razones que se reconocen como fundamento de la pena, acudir a una sanción que vaya más allá de lo padecido"(33).

Segundo supuesto: El principio de oportunidad también puede aplicarse "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". En este supuesto de falta de merecimiento de pena el Código de 1991 establece que se puede renunciar a la persecución penal

(33) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, Grijley, Lima, 1999, p. 230.

cuando se trate de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia, no afectaren gravemente el interés público. El legislador de 2004 ha eliminado los dos factores limitantes aludidos y permite, de manera general, la renuncia a la persecución penal con la única exigencia de que el hecho delictivo no haya afectado gravemente el interés público.

Dentro de este supuesto, la aplicación de criterios de oportunidad obedece a motivos de política criminal, en tanto se trata de cambiar la idea, en los operadores del sistema, de que la pena estatal es la única que soluciona conflictos, lo cual es ampliamente cuestionado. La persecución de los delitos de bagatela cuya comisión no afecta el orden público, ni el interés social y cuyo único fin del proceso es la reparación del daño a la víctima, encuentran aquí una salida favorable.

De esta manera se descongestiona el aparato judicial de procesos cuyo cumplimiento constituyen mera formalidad. En este segundo supuesto se establece como un límite más, la inaplicación del principio cuando el extremo mínimo de la pena privativa de libertad sea superior a los dos años, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Tercer supuesto: Puede aplicarse el principio de oportunidad "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 CP, y se advierta que no existe 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".

En los casos de mínima culpabilidad o contribución al delito conforme al Código de 1991 se puede renunciar a la persecución penal "cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos". En este sentido, el legislador de 2004 ha realizado una profunda transformación del criterio de oportunidad. Estructura la renuncia a la persecución penal sobre la base de la concurrencia de circunstancias que están llamadas a reducir la penalidad del hecho imputado,

tales como: el error de tipo y error de prohibición (art. 14), el error de prohibición culturalmente condicionado (art. 15), la tentativa (art. 16), la concurrencia imperfecta de causales de exención de pena previstas en el artículo 20 del CP (art. 21), la imputabilidad restringida del agente (art. 22) y la complicidad (art. 25).

Asimismo, debe aplicarse pero exigiendo además que en el caso concreto no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. Al tiempo que amplía el ámbito de proyección del tercer supuesto, introduce una importante restricción al establecer que la renuncia a la persecución no será posible cuando se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Por otro lado, en el apartado 2 del artículo 2 se establece que "en los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido, es decir estamos frente a un caso típico de falta de merecimiento de pena, por cuanto vistos en su conjunto atienden a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, así como a la falta de interés público en la persecución, siempre que –en resguardo del interés de la víctima– el imputado repare el daño causado"(34). Por ello es requisito previo para la aplicación de principio de oportunidad, la reparación del daño o que exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

En los apartados 3 y 4 del artículo segundo se regula el trámite a seguir para la aplicación del principio de oportunidad en los supuestos antes señalados. Al respecto se establece que "El fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este

(34) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 231.

consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente".

Realizada la diligencia de acuerdo y satisfecha la reparación civil, el fiscal expedirá una disposición de abstención del ejercicio de la acción penal. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. Asimismo, de existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnable.

Estas disposiciones han sido reglamentadas con la resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005-MP-FN que aprueba el Reglamento de aplicación del principio de oportunidad, el cual ha sido modificado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2508-2013-MP-FN publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de agosto de 2013 que incorpora la "tabla de referencias para la reparación civil por conducción en estado de ebriedad".

- **Novedades en la renuncia a la persecución penal por razones de oportunidad**

Como sostiene Robert Angulo Araujo[35], el legislador de 2004 no se ha limitado a realizar modificaciones en la regulación de los criterios de oportunidad contenidos en el artículo 2 del CPP de 1991 sino que ha introducido importantes novedades con la clara finalidad de buscar una mayor descongestión procesal, entre ellas tenemos:

- **La suspensión de la persecución penal a prueba**

El apartado 5 del artículo 2 establece que: "Si el fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer

(35) ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. "La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP de 2004". En: *Actualidad Jurídica*. N° 148, pp. 130-135.

adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al juez de la investigación preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4 del presente artículo".

De esa manera ha consagrado una institución procesal bautizada con diversos nombres en otros países y que el citado autor la denomina "suspensión del proceso penal a prueba".

El legislador la ha introducido como una modalidad de renuncia a la persecución por las razones de oportunidad consagradas en los literales a, b y c del inciso 2 del artículo 2 del nuevo CPP.

De esta manera, no opera por sí sola, sino únicamente para suprimir el interés público en la persecución, como elemento complementario de los criterios de oportunidad de falta de necesidad de pena, escasa afección al interés público y mínimo merecimiento de la pena. "La suspensión de la persecución penal a prueba tiene lugar cuando el representante del Ministerio Público considera que el hecho materia de imputación tiene una cierta relevancia, siendo generador de un mínimo interés público en la persecución. Es frente a estos casos, a efectos de no defraudar la finalidad preventiva general de la norma penal y generar sentimientos de falta de respuesta del sistema de justicia criminal (con la consiguiente inseguridad ciudadana), que se ha establecido que no basta con la simple reparación del daño para que opere la renuncia a la persecución penal, sino que es necesario que el Estado haga de cargo del imputado el cumplimiento de obligaciones adicionales que pongan en la conciencia de los ciudadanos un mensaje de seriedad de la intervención penal y que informe que si bien es posible dejar de lado la persecución penal en supuestos de menor gravedad, ello no significa una carta blanca para quienes delinquen".

Por tal razón las reglas de conducta que se pueden imponer al imputado previstas en el artículo 64 del CP para los casos de reserva del fallo condenatorio, son las siguientes:

- Prohibición de frecuentar determinados lugares.
- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.
- Comparecer mensualmente al juzgado personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.
- Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que está imposibilitado de hacerlo.
- Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y
- Las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del procesado.

Coincidimos en que, si bien se le reconoce al fiscal la capacidad para decidir por la renuncia a la persecución penal con suspensión de la persecución a prueba, esta decisión deber ser sometida a la aprobación del órgano jurisdiccional, juez de la investigación preparatoria, el cual tiene plena capacidad para desaprobarla.

6.4.2. Los acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios fueron introducidos en nuestra legislación procesal en el año 2003 con la Ley Nº 28117[36].

En el apartado 6 del artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal se le da una nueva configuración al establecer que: "Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1 procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles".

(36) Ley Nº 28117 de celeridad y eficacia procesal promulgada a los diecisiete días del mes de noviembre de dos mil tres.

En consecuencia, estamos frente a una institución independiente, donde el representante del Ministerio Público está obligado a procurar la renuncia a la persecución penal, sin distinguir la gravedad en el caso concreto materia de imputación, ni otros factores que podrían decidir una importante necesidad o merecimiento de pena. En efecto, por muy grave que sea el hecho, el fiscal está obligado a procurar el acuerdo reparatorio. Esto puede dar lugar a que en casos de delitos culposos quienes tienen dinero y pueden ofrecer buenas reparaciones, se tomen menos en serio la norma penal que protege bienes jurídicos como la vida y la integridad física. Así, se puede propiciar importantes ámbitos de desprotección frente a delitos culposos contra la vida, el cuerpo y la salud; con el agravante de que esto tendría que hacer en aquellos casos de conducción en estado de ebriedad, que están sancionados hasta con ocho años de pena privativa de libertad.

Los otros apartados de esta norma establecen que el fiscal, de oficio o a pedido del imputado o de la víctima, propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos se ponen de acuerdo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Pero, si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal promoverá la acción penal y si esta hubiera sido promovida, el juez de la investigación preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento hasta antes de formularse la acusación.

Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil cuando sea fijado por el juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas, siempre y cuando sean desproporcionadas y afecten, irrazonablemente, la situación jurídica del imputado.

Finalmente, tratándose de los supuestos previstos en el 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.

Es preciso anotar que el artículo 2 del NCPP ha sido modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076[37] incorporando al citado artículo 2 los apartados 8 y 9 con el siguiente texto:

"8. El fiscal también podrá abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al organismo de evaluación y fiscalización ambiental, mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente las mismas reglas establecidas en el presente artículo".

- **Casos en que no procede la aplicación de salidas alternativas**

"9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:

a. Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46- B y 46-C del Código Penal.

b. Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico.

c. Sin tener la condición de reincidente o habitual se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito.

d. Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio".

(37) Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto de 2013 con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, esta disposición incorpora al citado artículo 2 los apartados 8 y 9.

Como podemos observar, se trata de ampliar el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a los delitos que afectan al medio ambiente, lo que no consideramos correcto, ni conveniente, porque se trata de delitos graves relacionados con la práctica de la minería ilegal. Además prevé los casos en que no procede la aplicación del principio de oportunidad, ni del acuerdo reparatorio. Estas disposiciones obligan al Ministerio Público a tener que implementar sistemas de registro y a mantenerlos actualizados. Con ello se evitará que los reincidentes y habituales se acojan a estos instrumentos procesales y se beneficien indebidamente con sus alcances, de esta manera supera las críticas que venían formulándose al principio de oportunidad.

En nuestro país, en el proceso de reforma aún antes del NCPP ha considerado dentro de los criterios de oportunidad dos instituciones que son independientes y que en otros países constituyen verdaderas salidas alternativas, es decir, formas de solucionar el conflicto penal, sin necesidad de recurrir a la imposición de la clásica pena y, fundamentalmente, de la pena privativa de libertad.

Pese a la importancia de estas salidas alternativas y al hecho de que se reglamentaron sus normas para posibilitar una mayor aplicación, sobre todo del principio de oportunidad, las cifras consignadas en el anuario estadístico para el año 2002 demuestran que esto no ocurrió. En efecto, la aplicación de este instrumento procesal alcanzó, a nivel nacional, 1562 casos, siendo el distrito judicial de Junín el de mayor aplicación 27 %, (422), seguido de Cusco con 17 % (266), Áncash con 10.3 % (161), Puno con 8.40 % (131) y Piura con 7 %, (109), mientras que Lima solo presenta el 1.6 % (25), Callao 0.6 % (09) y el Cono Norte 0.8 % (13) lo que es ínfimo si tenemos en cuenta que en los tres últimos distritos judiciales mencionados hay setenta fiscalías Provinciales en lo Penal y que solo a las de Lima ingresaron en el mismo periodo 39.494 denuncias.

Este panorama se ha revertido con el transcurso de los años en el proceso de implementación de la reforma procesal penal y desde el 2006 se experimenta un incremento progresivo en el uso de las salidas alternativas para a solución del conflicto penal, lo que se puede constatar en las estadísticas correspondientes al balance de la aplicación de la reforma hasta julio de 2015.

RESULTADOS GESTIÓN FISCAL POR ETAPAS PROCESALES DE 23 DISTRITOS FISCALES IMPLEMENTADOS CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERIODO JULIO 2006 - JULIO 2015													
Año		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL	%
Denuncias Ingresadas		2,667	17,812	41,462	106,577	180,555	213,151	247,142	284,201	281,709	181,795	1,557,071	100.00 %
DENUNCIAS RESUELTAS	Principio de Oportunidad	149	1,580	4,434	8,947	14,023	17,236	21,881	23,341	15,643	4,207	111A41	7.16 %
	Acuerdo Reparatorio	15	262	888	2,011	3,143	3,216	3,582	3,450	2,358	602	19,527	1.25 %
	Proceso Inmediato	1	14	19	66	78	78	47	68	35	7	413	0.03 %
	Terminación Anticipada	169	988	1,612	2,428	3,267	3,522	3,553	3,328	2,518	1,257	22,642	1.45 %
	Proceso Común	437	2,017	3,702	10,472	16,986	20,931	21,394	19,545	6,285	830	104,599	6.72 %
	Archivo	1,410	11,413	27,640	73,625	124,999	140,875	153,199	166,273	132,315	38,132	869,892	55.87 %
	Sobreseimiento	381	1,201	2,211	5,484	8,296	8,767	7,543	5,866	2465	612	42,826	2.75 %
Total Casos Resueltos		2.570	17,475	40,506	103,033	170,792	194,628	211,199	221,871	163,619	45,647	1,171,340	75.23 %
Pendientes de Resolver		97	337	956	3,544	9,753	18,523	35,943	62,330	118,090	136,148	385,731	24.77 %

Casos denunciados del: 01/07/2006 al 31/12/2013
(*) Denuncias al 31/07/2015
Fecha de Corte: 04/09/2015
Fuente: Ministerio Público, Oficina Central de Tecnología de la Información - Sistema d Gestión Fiscal
Elaboración: Secretaría Técnica del ETII NCPP

III. AUDIENCIAS DURANTE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

La secretaria técnica de la comisión especial de implementación del CPP del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, ha publicado el instructivo gráfico titulado "Audiencias principales del Código Procesal Penal", en el que sostiene lo siguiente:

> "El nuevo proceso penal peruano ha incorporado la oralidad como uno de sus ejes centrales –desterrando la escrituralidad, propio del sistema inquisitivo–, y con el propósito de efectivizarla de la mejor manera se ha implementado un sistema de audiencias que privilegie el respeto y promoción de los principios de petición, contradicción, imparcialidad, publicidad e inmediación en todas las etapas procesales.
>
> Este escenario favorable para todos los sujetos procesales, posibilita que el 90 % de requerimientos y solicitudes se resuelvan a través de una audiencia y mediante el uso de la oralidad, fortaleciendo el derecho a la defensa, el derecho a ser oído durante

todo el estado del proceso y minimizando los niveles de actuaciones irregulares por parte de los operadores de justicia. Por tanto, la audiencia constituye el escenario ideal del nuevo proceso penal, teniendo como propósito el mejor desenvolvimiento de los sujetos procesales y la emisión de pronunciamientos judiciales derivados del ejercicio equilibrado entre las partes en conflicto"(38).

"Un sistema oral se caracteriza por la existencia de audiencias como metodología central para la toma de decisiones relevantes del proceso. Es decir, por un abandono de la metodología de expediente como forma de producción de información para la toma de decisiones judiciales y su reemplazo por una forma muy distinta para tomar estas decisiones (...) Es una metodología para entregar información relevante de parte de quienes solicitan o se oponen a una decisión que debe tomar un juez. Esta metodología opera sobre la base de reunir a los actores involucrados y permitir que en presencia de ellos se genere un intercambio verbal de información relevante para la decisión que se discute"(39). Como está indicado en la audiencia oral se pueden adoptar decisiones relevantes en el desarrollo del proceso penal, tales como decidir la detención preliminar del imputado, llevar a cabo el control del plazo de las diligencias preliminares, discutir sobre la presunta violación de los derechos del imputado en el desarrollo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria.

1. Audiencia de detención preliminar judicial

Cuando el fiscal está desarrollando Diligencias Preliminares puede formular un requerimiento de Detención Preliminar Judicial si se dan los presupuestos previstos en el artículo 261 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1298 y que son los siguientes:

a. No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso puede

(38) Instructivo Gráfico elaborado y publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Secretaría Técnica - Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Noviembre de 2015.

(39) Cfr. DUCE, Mauricio. La oralidad en las etapas previas al juicio. Centro de Justicia de las Américas. CEJA.

desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.

b. El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.

c. El detenido fugare de un centro de detención preliminar.

Para formular el requerimiento de detención preliminar el imputado debe estar plenamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento. Los pasos que se siguen son los siguientes:

a. El fiscal formula el requerimiento debidamente fundamentado ante el juez de la investigación preparatoria.

b. El juez de la investigación preparatoria, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por el fiscal analiza el requerimiento y resuelve mediante auto especialmente motivado teniendo dos alternativas: a) puede declarar improcedente el requerimiento; o b) puede declarar fundado el requerimiento y en este caso dicta la orden de detención comunicando al Ministerio Público.

c. La orden de detención debe ser puesta en conocimiento de la Policía Nacional, por escrito y bajo cargo, para que se encargue de ejecutar el mandato judicial y poner al detenido a disposición del juez de la investigación preparatoria.

d. Se lleva a cabo la **audiencia de prisión preliminar** con la asistencia obligatoria del fiscal, del imputado y del abogado defensor, en este acto procesal el JIP verifica la identidad del detenido y controla la legalidad de la detención.

e. Durante el plazo de prisión preliminar el fiscal actúa diligencias urgentes e inaplazables. El plazo en estos casos es de setenta y dos (72) horas tratándose de delitos comunes, pero excepcionalmente puede durar siete (7) días. Y cuando se trata de los delitos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y los delitos cometidos por organizaciones criminales el plazo es de quince días naturales[40].

(40) La modificación de los plazos ha sido dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1298 y por la Ley N° 30558 que reforma el literal f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

f. Dentro del plazo de detención el fiscal decide si ordena la libertad del detenido o si comunicando al JIP, la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida de coerción para el imputado.

2. Audiencia de control del plazo de las diligencias preliminares

El proceso penal acusatorio se lleva a cabo bajo la vigencia del principio de celeridad y en consecuencia debe cumplirse estrictamente los plazos procesales. Esto ocurre porque en el proceso rige el principio de interdicción de la arbitrariedad; el imputado no puede estar indefinidamente en una situación de incertidumbre, el proceso tiene una inicio y tiene que finalizar, una persona no puede estar indefinidamente en situación de procesada. Por esas razones está previsto que quien se considere afectado por una excesiva duración del plazo solicitará al fiscal dé término y dicte la disposición que corresponda, si el fiscal no acepta la solicitud o fija un plazo irrazonable las partes pueden recurrir al juez de la investigación preparatoria instando su pronunciamiento y este resolverá previa audiencia con la participación del fiscal y del solicitante (art. 334°.2).

El día y la hora fijados para la audiencia se verifica la concurrencia de los sujetos procesales, si están presentes, se da por instalada y acto seguido el JIP cede el uso de la palabra a quien solicitó el control de plazo para que fundamente su pedido, luego cederá el uso de la palabra al fiscal. Del desarrollo de la audiencia se deja constancia en acta, que contendrá una relación sucinta de lo ocurrido.

Agotado el debate el juez puede resolver en ese mismo acto y su decisión se tendrá por notificada en el mismo acto. El juez si considera que el plazo ha vencido, dispone que el fiscal de por concluidas la diligencias preliminares y se pronuncie conforme a sus atribuciones.

3. Audiencia de tutela de derechos

En el proceso penal acusatorio el imputado es sujeto de derechos y se reconoce expresamente que puede hacer valer por sí mismo o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, ver artículo 71 del CPP. Además el imputado puede invocar todos los derechos reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente los reconocidos en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos[41] y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica[42].

El apartado 4 del artículo antes citado establece que cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en **vía de tutela** al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. Este pedido se resolverá inmediatamente previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia con intervención de las partes. Los derechos que se pueden reclamar en vía de tutela son los expresamente reconocidos en el artículo 71 del CPP

El imputado puede invocar en su solicitud lo siguiente:

a. Que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales.

b. Que no se le han hecho conocer de manera inmediata y comprensible que tiene derecho a conocer los cargos formulados en su contra, a ser asistido por un abogado defensor desde los actos iniciales de investigación, que puede abstenerse de declarar, que no puede emplearse en su contra medios coactivos, que puede ser examinado por un médico legista, etc.

Recibida la solicitud el JIP realiza un control de admisibilidad y puede rechazar liminarmente la solicitud o admitirla. Si la admite convoca a una audiencia de tutela de derechos a la que debe asistir obligatoriamente el fiscal y el abogado del imputado. Instalada la audiencia el juez cede el uso de la palabra al abogado del imputado, luego al fiscal. Del desarrollo de la audiencia se deja constancia en acta, que contendrá una relación sucinta de lo ocurrido. Agotado el debate el juez resuelve y puede declarar fundado o infundado el pedido. Si declara

(41) Suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977. Aprobado por el Decreto Ley N° 22128 publicado el 29 de marzo de 1978 y ratificado por la décimo sexta disposición general y transitoria del Título VIII de la Constitución Política de 1979.

(42) Suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley N° 22231 publicado el 12 de julio de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la décimo sexta disposición general y transitoria de la Constitución Política de 1979.

fundado el pedido el juez tiene que subsanar la omisión o dictar la medida de corrección o de protección que corresponda.

IV. INTERVENCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

1. Antecedentes históricos de la Policía Nacional

Para explicar este tema y analizar la intervención de la policía en la investigación del delito, es importante hacer una breve reseña histórica sobre la Policía Nacional. Los primeros cuerpos de policía que se conocieron en el Perú fueron los serenos y vigilantes, que existieron hasta 1852 en que se reorganizaron y se creó la gendarmería que estuvo integrada por oficiales de reserva y por elementos de tropa del Ejército. En 1861 la gendarmería se dividió en dos batallones: i) Batallón de gendarmería N° 1 integrado por elementos de Infantería y ii) batallón de gendarmería N° 2 integrado por elementos de caballería.

El siglo pasado el 7 de agosto de 1919 durante el gobierno de don Augusto B. Leguía se contrató una misión francesa que en base al batallón de gendarmería N° 1 creó la Guardia Republicana del Perú (G.R.); cuya misión era la seguridad de las fronteras, de los penales y de los edificios públicos. El 3 de julio de 1922 Durante en el mismo gobierno una misión española, en base al batallón de gendarmería N° 2, creó la benemérita Guardia Civil del Perú (BGCP), cuya misión era la prevención y el resguardo del orden público. Años después el 15 de septiembre de 1948 se creó el cuerpo de investigaciones, policía civil conocida posteriormente como policía de investigaciones del Perú (PIP), su misión era investigar los delitos y las faltas.

En consecuencia en nuestro país existieron tres cuerpos de policía con misiones y funciones diferentes. El artículo 59 del C de PP de 1940, se refiere a la policía judicial señalando que tiene la función de auxiliar a la administración de justicia investigando los delitos y las faltas y descubriendo a los responsables para ponerlos a disposición de los jueces; establecía además la obligación de instruir un atestado cuando intervenían en la investigación, documento que contiene el resultado de la investigación preliminar practicada. El artículo 64 establece que los jueces y los miembros del Ministerio Público podrán ordenar a los

funcionarios de la policía judicial que practiquen las citaciones y detenciones necesarias para la comparecencia de los procesados, testigos y peritos; la primera facultad la ejercieron por poco tiempo, la segunda continúan ejerciéndola hasta la actualidad. Pese a ello la policía ha ejercido demasiadas atribuciones en la investigación de los delitos, al punto que en la década del 90 se ampliaron sus facultades mediante algunas disposiciones que han sido declaradas inconstitucionales[43], tales casos de los Decretos Legislativos N°s 895 y 897 que fueron inmediatamente derogados por Ley N° 27569 del 2 de diciembre de 2001.

La investigación del delito no es función de la Policía Nacional en su conjunto, la cual tiene otras muchas funciones y atribuciones previstas en la Constitución y en su Ley Orgánica. En la investigación del delito solo interviene un cuerpo de policía, que se denomina policía judicial, o policía técnica, o cuerpo técnico de investigaciones.

La Constitución Política de 1979, en su artículo 277 reguló la función de las fuerzas policiales señalando que les corresponde mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público, prevenir y combatir la delincuencia. Como consecuencia de ello, durante el gobierno del arquitecto Fernando Belaúnde, vía decretos legislativos, se hizo la adecuación de sus leyes orgánicas a las normas de la Constitución. Al finalizar la década del 80 durante el primer gobierno de Alan García Pérez siguiendo una tendencia moderna se procedió a la unificación de las FF.PP. en un solo cuerpo denominado Policía Nacional del Perú, con una sola escuela y con las siguientes especialidades:

a. Seguridad y orden interno.
b. Investigación criminal.
c. Criminalística.
d. Administración.
e. Inteligencia.

(43) Expediente N° 005-2001-AI/TC, Caso Decreto Legislativo N° 895 y otras disposiciones; falla declarando fundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Legislativos N°s 895 y 897 y Ley N° 27235.

A partir de ese cambio, la Policía Nacional considera que su función es la investigación del delito y reclama intervenir en esta actividad en forma autónoma, exclusiva y excluyente; con la atribución de calificar jurídicamente el resultado de la investigación y determinar responsabilidades. La policía no ha tomado en cuenta que desde 1979 el Ministerio Público es el órgano encargado de la persecución del delito y que el fiscal es titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, y que la Constitución Política de 1993 establece en el apartado 4 del artículo 159 que le corresponde: "Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función". Además el artículo 166 establece que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental:

a. Garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

b. Prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad.

c. Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.

d. Prevenir, investigar y combatir la delincuencia.

e. Vigilar y controlar las fronteras.

Haciendo una interpretación sistemática de la Constitución, se entiende con meridiana claridad, que cuando se trata de prevenir, investigar y combatir la delincuencia estas actividades debe realizarlas la policía en estrecha coordinación con el Ministerio Público. En consecuencia, por mandato constitucional, la policía que interviene en investigación del delito es un órgano auxiliar, como estuvo concebida en el CdPP de 1940, como está considerada en el Código Procesal Penal y en cualquier Estado de Derecho.

La Ley de la Policía Nacional aprobaba por Decreto Legislativo N° 1267[44] publicado el 18 de diciembre de 2016 en cuanto su **naturaleza** establece que la Policía Nacional del Perú "es un órgano de carácter civil al servicio de la ciudadanía, que depende del

(44) Ley de la Policía Nacional del Perú aprobada por Decreto Legislativo N° 1267 publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 18 de diciembre de 2016 en función de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo por Ley N° 30506.

Ministerio del Interior, con competencia administrativa y operativa para el ejercicio de la función policial en todo el territorio nacional en el marco de lo previsto en el artículo 166 de la Constitución Política del Perú".

El artículo 1 de la Ley establece que de la Policía Nacional del Perú ejerce **competencia funcional y exclusiva** a nivel nacional en materia de orden interno y orden público; y competencia compartida en materia de seguridad ciudadana. En el marco de las mismas presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantiza el cumplimiento de las leyes, la seguridad del patrimonio público y privado; previene investiga y combate la delincuencia y el crimen organizado; vigila y controla las fronteras.

El artículo 2 regula las **funciones** de la Policía Nacional del Perú y entre otras son las siguientes:

1. Garantizar, mantener y restablecer el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
2. Garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones.
3. Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas, previstos en el Código Penal y leyes especiales.
4. Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente.
5. Practicar y emitir peritajes oficiales de criminalística para efecto de procesos judiciales y otros derivados de la función policial.
6. Realizar las funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del fiscal, en concordancia con el Código Procesal Penal y las leyes de la materia.
7. Investigar la desaparición y trata de personas.

8. Administrar el sistema de inteligencia policial, en armonía con las normas que regulan el Sistema Nacional de Inteligencia.

El artículo 3 establece sus **atribuciones**, que son, entre otras, las siguientes:

1. Requerir la identificación de cualquier persona, a fin de realizar la comprobación correspondiente, con fines de prevención del delito o para obtener información útil en la averiguación de un hecho punible.
2. Intervenir y registrar a las personas y realizar inspecciones de domicilios, instalaciones, naves, motonaves, aeronaves, y otros vehículos y objetos de acuerdo a la Constitución y a la Ley.
3. Intervenir, citar y conducir compulsivamente, retener y detener a las personas de conformidad con la Constitución y la Ley.
4. Realizar la inspección física o química de los vehículos siniestrados y emitir protocolos periciales para las acciones administrativas o judiciales.
5. Prevenir, investigar y denunciar ante las autoridades que corresponda, los accidentes de tránsito y las infracciones previstas en la normatividad vigente.

Debemos destacar el hecho de que, según esta ley los **valores** que rigen al personal, están destinados a proteger y garantizar:

a. El libre ejercicio de los derechos y libertades, es decir mantener las necesarias condiciones de paz ciudadana para que los derechos se puedan ejercitar por sus titulares, libres de todo ataque que proceda de otros sujetos. Así por ejemplo, proteger a quienes ejercitan su derecho constitucional a manifestarse pacíficamente y sin armas, frente a quienes perturban el normal desarrollo de la manifestación.

b. La seguridad ciudadana o seguridad pública, que comprende todos los mecanismos encaminados a la protección de personas y cosas frente a cualquier peligro que pueda

amenazarlos, ya proceda de actos humanos o de hechos o sucesos naturales[45].

El artículo 17 establece que los órganos de línea realizan funciones técnicas, normativas y operativas necesarias para el cumplimiento de los objetivos encomendados a la Policía Nacional del Perú en aplicación de las normas sustantivas. Están conformados por la dirección nacional de investigación criminal y la dirección nacional de prevención, orden y seguridad.

La dirección nacional de investigación criminal es el órgano de carácter técnico, normativo y operativo, encargado de formular, ejecutar, comandar y evaluar las operaciones policiales que comprende materias como la lucha contra el terrorismo, antidrogas, medio ambiente, investigación criminal, lavado de activos, trata de personas y contra la corrupción. Tiene competencia a nivel nacional.

2. La policía en la legislación comparada

Veamos cómo funciona la Policía que interviene en investigación del delito en otros países. **En Colombia**, el artículo 250 de su Constitución Política establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación: "3.- dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley"[46]. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 114, establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación: "5. dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley"[47]. El artículo 200 establece que: "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querella, petición especial o por cualquier otro medio idóneo. En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la

(45) DE LLERA SUÁREZ BARCENA, Emilio. *Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 71.
(46) Constitución Política de Colombia, 3ª edición, Temis. Santa Fe de Bogotá, 1998.
(47) Código Penal y de Procedimiento Penal. Código anotado, Leyer Ley 599 de 2000 y 906 de 2004, Vigésima 2ª edición, Bogotá D.C. Colombia, julio de 2007.

investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este Código. Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en el ejercicio de las mismas dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus de delegados (...)". El artículo 201 establece que: "Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al departamento administrativo de seguridad, por intermedio de sus dependencia especializadas". Finalmente como la función de investigación del delito no es atribución exclusiva de la policía, y en la práctica intervienen en esta actividad otros funcionarios públicos, el artículo 202 establece que: "Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

a. La Procuraduría General de la Nación.

b. La Contraloría General de la República.

c. Las autoridades de tránsito.

d. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.

e. Los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario".

En Guatemala, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 de su Constitución Política, la policía solo puede detener en flagrancia y está obligada a poner al detenido a disposición de la autoridad judicial en un plazo que no exceda las 6 horas; en su artículo 8 establece que "(...) el detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente".

La Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo primero, establece que es una institución con funciones autónomas, promueve la acción penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública,

para lo cual cuenta con el auxilio de la Policía Nacional Civil; además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad(48). En el artículo 2 señala sus funciones y en el inciso 3 indica con toda precisión "dirigir a la policía y los demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de los hechos delictivos". El artículo 88 se refiere a facultades policiales señalando que la policía solo podrá dirigir al imputado preguntas para constatar su identidad, con las advertencias y condiciones establecidas en los artículos anteriores. Deberá asimismo, instruirlo acerca de qué podrá informar al Ministerio Público o declarar ante el juez, según el caso.

En Chile, el artículo 79 del CPP establece que "La policía de investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este código (...) de conformidad a las instrucciones que le dirigieren los fiscales. Asimismo, le corresponderá ejecutar las medidas de coerción que se decretaren. Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del Ministerio Público deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere (...) Tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el Ministerio Público también podrá impartir instrucciones a gendarmería de Chile, que actuará de conformidad a lo dispuesto en este Código"(49). El artículo 80 establece que los funcionarios policiales ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren.

En España, la policía judicial actúa en la investigación, bien a prevención es decir de oficio para averiguar la comisión de hechos delictivos en el territorio de su demarcación (investigación Preliminar) o de acuerdo con las órdenes recibidas del órgano judicial y del Ministerio Fiscal (diligencias instructorias)(50).

(48) Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 40-94.
(49) Código Procesal Penal de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
(50) GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Editorial COLEX, 2001, p. 181.

3. Policía Nacional del Perú intervención en investigación del delito

En nuestro país el artículo IV del Título Preliminar del CPP, coherente con el mandato constitucional, dispone: "el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, **decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.** El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad dirige y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 65 del CPP en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional, caso en que precisará su objeto, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la policía está sujeta a la conducción del fiscal, encargado de garantizar el derecho de defensa y los demás derechos fundamentales del imputado. Ambas instituciones observan en todo momento el principio de legalidad.

El artículo 67 del CPP regula la función de la policía en la investigación del delito estableciendo que debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata 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. Similar función desarrollará tratándose de delitos sujetos al ejercicio privado de la acción penal. Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria[51].

(51) Los artículos IV del Título Preliminar, 65 y 67 del CPP han sido modificados por el artículo 3 de la

Ni el Código de Procedimientos ni su propia Ley Orgánica han señalado las funciones de la policía, con tanta precisión, como lo hace el CPP, cuyo artículo 68 establece que la Policía Nacional en función de investigación, bajo conducción del fiscal podrá realizar lo siguiente:

a. Recibir las denuncias escritas o verbales.

b. Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.

c. Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito.

d. Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación.

e. Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.

f. Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.

g. Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas.

h. Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia.

i. Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación.

j. Allanar locales de uso público o abiertos al público.

k. Efectuar bajo inventario los secuestros e incautaciones necesarios en caso de delito fragrante o de peligro inminente de su perpetración.

l. Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor.

Ley Nº 30076 que modifica el Código Penal, con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, Publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 19 de agosto de 2013.

Si este no estuviere presente el interrogatorio se limitará a constatar su identidad.

m. Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal.

De todas las diligencias especificadas en ese artículo, la policía sentará actas detalladas las que entregará al fiscal y respetará las formalidades previstas para la investigación. El fiscal, durante la investigación preparatoria, puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la policía. El imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 sin perjuicio de las directivas específicas que el fiscal imparte en cada caso a la Policía, el Fiscal de la Nación regulará mediante instrucciones generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación, así como los mecanismos de coordinación que deben realizar los fiscales para el adecuado cumplimiento de las funciones.

Por otro lado, la policía podrá informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los imputados, pero cuando se trate de la víctima, testigos, o de otras personas que pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible requerirá la previa autorización del fiscal (art. 70).

Para el desarrollo de la investigación preparatoria, hay una minuciosa regulación de las funciones de investigación de la policía, el artículo 330 establece que el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares con la finalidad de determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los involucrados, para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria. En este contexto tan pronto como la policía tenga conocimiento de la comisión de un delito lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público, y aun después de comunicada la noticia del delito, continuará las investigaciones que ha iniciado y después de la intervención del fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas con arreglo al artículo 68.

La Policía tiene previstas en el CPP facultades que antes ejecutaba sin respaldo legal. En el marco del CPP puede realizar lo siguiente:

1. **El examen corporal del imputado** (art. 211). El Ministerio Público o la Policía Nacional con conocimiento del fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud.
2. **El examen corporal para prueba de alcoholemia** (art. 213). La Policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado; si el resultado es positivo el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario para realizar la prueba de intoxicación en sangre.
3. **La exhibición e incautación de bienes** (art. 218). La Policía no necesitará autorización del fiscal ni orden judicial, cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.
4. **Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos** (art. 234). La policía, por orden del fiscal, puede inspeccionar los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona natural o jurídica, si de su revisión considera que debe incautar dicha documentación parcial o totalmente y no cuenta con la orden judicial, se limitará a asegurarla, levantando el acta.
5. **La incautación** (art. 316). Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación preparatoria, ya sea por la policía o por el Ministerio Público.

La policía, el ámbito de la investigación del delito, cumple una amplia gama de actividades, pero las lleva a cabo bajo la conducción

del fiscal, por eso en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un Informe Policial que contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas, el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades, tal como dispone el artículo 332. En consecuencia, es falso que se pretenda excluir a la policía de las funciones de investigación del delito, como sostienen sectores interesados en mantener la caótica situación procesal y, cuando no, interesados en mantener la situación de corrupción que se evidencia en la mal llamada etapa de investigación policial.

En el nuevo sistema procesal la policía interviene como órgano técnico que presta auxilio y actúa ordenadamente, bajo la dirección del fiscal, ejerciendo funciones y atribuciones que nunca antes ha tenido. ¿Qué pierde la policía? Pierde el poder de facto que ha detentado, el poder que nadie le ha conferido de investigar autónomamente, de criminalizar, de calificar jurídicamente la investigación; y por qué no decirlo, el sector corrupto pierde la posibilidad de negociar el resultado de las investigaciones.

Con la Reforma Procesal la policía gana, porque sus funciones se legitiman y no se agotan en lo ya anotado, el CPP le asigna otras funciones que antes no estaban reguladas por ninguna norma legal y son las siguientes:

1. **Control de identidad.** El artículo 205 le faculta para que "(...) en el marco de sus funciones sin necesidad de orden del fiscal o del juez, requiera la identificación de cualquier persona y realice 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 (...). Si existiere fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso, la Policía podrá registrarle sus vestimentas, equipaje o vehículo". Este procedimiento no podrá durar más de cuatro horas, el intervenido no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas y tendrá derecho a comunicarse con un familiar.

2. **Controles policiales públicos.** Para el descubrimiento y ubicación de los partícipes en un delito causante de grave alarma social y para la incautación de instrumentos, efectos o pruebas del mismo, en virtud del artículo 206 –dando cuenta al Ministerio Público– podrá establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos en la medida indispensable a esos fines al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de vehículos y al control superficial de los efectos personales.

3. **Videovigilancia.** En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la policía y sin conocimiento del afectado puede ordenar: a) realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y b) utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado, así lo prevé el artículo 207.

4. **Realización de pesquisas.** El artículo 208 faculta a la policía para que –dando cuenta al fiscal– pueda 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 determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga procede a realizar una inspección. La pesquisa tiene por objeto comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere, de utilidad para la investigación.

5. **Práctica de retenciones.** El artículo 209 prevé lo siguiente: "La policía por sí –dando cuenta al fiscal– o por orden de aquel, cuando resulte necesario que se practique una pesquisa podrá disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar (...). La retención solo podrá durar cuatro horas".

6. **Registro de personas.** Según prevé el artículo 210: "La policía, por sí –dando cuenta al fiscal– o por orden de aquel, cuando

existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito procederá a registrarla (...). El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido (...). El registro puede comprender no solo las vestimentas que llevare el intervenido, sino también el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado".

La actuación policial. La policía, en todos los casos en que intervenga en investigación del delito elevará al fiscal un **informe policial**, que contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados. Sin embargo, esta actividad tiene limitaciones derivadas de la regulación constitucional: la policía deberá abstenerse de calificar jurídicamente los hechos y de imputar responsabilidades, porque esas facultades corresponden al fiscal y al juez respectivamente.

Al informe policial se adjuntará las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, las recomendaciones sobre actos de investigación y todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados, así lo dispone expresamente el artículo 332[52].

Con el fin de establecer los mecanismos de cooperación interinstitucional, el artículo 333 dispone que la Policía Nacional instituirá un órgano especializado, encargado de coordinar las funciones de investigación con el Ministerio Público, establecer los mecanismos de comunicación con los órganos de gobierno del Ministerio Público y las fiscalías y a la vez centralizar la información sobre la criminalidad organizada y aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la adecuada persecución del delito para desarrollar programas de protección y seguridad.

(52) Artículo modificado por la Ley N° 30076 que modifica el Código Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

V. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. Concepto

La posibilidad de colocar como responsabilidad del Ministerio Público la tarea preparatoria para la promoción de la acción penal ha sido objeto de una intensa controversia, sin embargo la necesidad de reunir los elementos útiles para justificar o no el juicio no ha sido cuestionada. El problema se plantea en torno a determinar si se debe mantener la conducción de dicha etapa en manos del juez instructor (investigación jurisdiccional) o si cabe reservar para el Ministerio Público la realización de la investigación preparatoria. La discusión responde a la existencia de dos modelos antagónicos de procedimiento penal: uno fuertemente influido por el sistema inquisitivo, en el cual se permite que sea un único órgano el que concentre las facultades de inquirir y juzgar, y otro donde en virtud del imperio del principio acusatorio, estas funciones aparezcan claramente diferenciadas, quedando la actividad requirente "a cargo de un órgano distinto del juez y con distintos poderes formales"(53).

La existencia de la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público solo es posible en el marco de este último modelo que resulta acorde con los principios constitucionales de juicio previo e inviolabilidad de la defensa en juicio consagrados por la Constitución Política (art. 139 apartados 10 y 14 respectivamente) al asegurar que el juez que decida el litigio se mantenga extraño al conflicto que le ha sido planteado. Resulta artificial que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, careciendo de toda posibilidad de selección, igualmente es inadmisible la inversión de roles, pues el fiscal que debe investigar, solo controla lo que el juez investiga y este que solo debería controlar la investigación, la realiza personalmente.

Conforme a lo estipulado en el artículo 336 del CPP si de la denuncia del informe policial o de las diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, si la acción penal no ha prescrito, si se ha individualizado al imputado y si se han satisfecho

(53) GUARIGLIA, Fabricio. "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria". En: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Julio MAIER, Argentina, 1993, pp. 83 y 84.

los requisitos de procedibilidad, el fiscal emitirá la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

La disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, contendrá:

a. Los nombres y apellidos completos del imputado.

b. Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación.

c. El nombre del agraviado, si fuera posible.

d. Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

Nótese que en el marco de este modelo acusatorio, el fiscal no formaliza la denuncia para presentarla ante el juez, lo que hace es disponer la formalización y continuación de la investigación preparatoria y sin perjuicio de su notificación al imputado que se verificará dentro de las 24 horas siguientes, dirigirá la comunicación al juez de la investigación preparatoria, adjuntando copia de la disposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Código. Sin embargo si el fiscal considera que las diligencias actuadas, establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.

> "La **acusación directa**, forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios, se encuentra regulada en el artículo 336.4 y faculta al fiscal, formular directamente acusación, si concluidas las diligencias preliminares o recibido el informe policial, considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad de delito, y la participación del imputado en su comisión, esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal" (54).

(54) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sexto pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Acuerdo Plenario 06/2010/CJ-116. Fundamento Nº 6 Lima 16 de noviembre de 2010.

"La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de perseguibilidad, y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336.4 del NCPP. En el presente caso el fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia, prescindiendo de la investigación formal (...)"(55)

La formalización y continuación de la investigación preparatoria, suspende el curso de la prescripción de la acción penal y por ende el fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial (art. 339).

La investigación preparatoria constituye una etapa única, dinámica, y flexible que se realiza exclusivamente bajo la dirección del fiscal, quien cuando requiera alguna medida coercitiva urgente, la solicitará al juez penal. La policía interviene como órgano de auxilio y está obligada a prestar apoyo técnico al Ministerio Público. Corresponde al fiscal dictar las instrucciones pertinentes y controlar que el apoyo policial se realice dentro del marco constitucional y el respeto de los derechos fundamentales.

2. Finalidad de la investigación preparatoria

El artículo 321 del código fija con precisión que **la investigación preparatoria** persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal **decidir si formula o no acusación** y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por **finalidad** determinar si la conducta incriminada es delictuosa, además de las circunstancias o móviles de la perpetración del delito, la identidad del autor y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

El fiscal durante el desarrollo de la investigación preparatoria de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 y 129 debe disponer la concurrencia del imputado, la víctima, los peritos y otras personas para que informen sobre los hechos materia de investigación y en caso que no asistan puede ordenar su conducción compulsiva previo apercibimiento de ley. Además debe ordenar que se practiquen las diligencias solicitadas por las partes siempre que sean pertinentes conducentes

(55) Ibídem, Fundamento 8.

y útiles para el esclarecimiento de los hechos. Si no cumplen esos requisitos puede rechazarlas con la debida motivación y argumentación.

Los sujetos procesales y sus abogados pueden participar en todos los actos de investigación previstos, la defensa debe contar con una estrategia de investigación e inclusive puede recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia (perito) siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender (art. 84.3).

La Policía y sus órganos especializados en criminalística, la dirección de la policía contra la corrupción, la Contraloría General de la República, el Instituto de Medicina Legal y los demás organismos técnicos del Estado están obligados a prestar apoyo al fiscal, igualmente las universidades, los institutos superiores y las entidades privadas están facultados para proporcionar los informes y los estudios que requiere el Ministerio Público. Además el fiscal podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, el mismo que actuará bajo su dirección.

3. Facultades del fiscal durante la investigación preparatoria

El fiscal podrá realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial, ni tengan contenido jurisdiccional (art. 322).

El fiscal tiene que requerir orden judicial para determinadas diligencias que van a restringir un derecho fundamental; en estos casos el requerimiento que formule ante el JIP debe estar debidamente sustentado; además deben existir suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito y de la vinculación del imputado con el hecho ilícito. La autorización judicial se expide mediante un auto especialmente motivado; estas diligencias son las siguientes:

a. **Incautación de documentos privados.**- El objetivo es asegurar un documento vinculado a la comisión de un delito. Fiscal formula su requerimiento ante el JIP, este hace un control de admisibilidad y emite el auto correspondiente. El fiscal ejecuta

inmediatamente la incautación autorizada, dejando constancia en acta (art. 233).

b. **Examen corporal.-** El objetivo es examinar corporalmente al imputado para determinar hechos significativos en la investigación. El JIP a pedido del fiscal puede autorizar la realización de análisis sanguíneos, genético moleculares, exploraciones radiológicas u otras intervenciones, que se llevan a cabo por un médico o profesional especializado. Si la intervención es en una mujer se debe admitir la presencia de un familiar. La diligencia se realiza en presencia del abogado defensor. De todo lo actuado se deja constancia en acta (arts. 211 y 212).

c. **Allanamiento de domicilio.-** Su objetivo es registrar un domicilio cuando existen razones para pensar que en él se oculta el imputado, alguna persona evadida; o se ocultan bienes relevantes para la investigación. El fiscal formula su requerimiento señalando finalidad, lugar, diligencias, duración. Esta diligencia podría comprender la detención de personas y la incautación de bienes. El JIP autoriza el allanamiento mediante un auto. El fiscal al inicio de la diligencia entrega una copia de la orden judicial a quien se encuentre en el domicilio. Si está el imputado le informa que puede ser asistido por una persona de su confianza. Si realiza incautación de bienes tiene que levantar un inventario detallado y al finalizar dejará una copia. El fiscal puede hacer el registro personal y solicitar el no alejamiento de personas del lugar. De todo lo actuado se deja constancia en acta (arts. 214 a 216).

d. **Exhibición forzosa e incautación de bienes en propiedad, posesión, administración, tenencia, o afín.-** Su objetivo es obligar a una persona a entregar un bien que sea cuerpo del delito. El fiscal formula el requerimiento ante el JIP, si obtiene la autorización, ejecuta la orden con apoyo de la Policía, para lo cual cita a las partes señalando día y hora para la diligencia y la desarrolla dejando constancia en acta (arts. 218 al 221).

e. **Interceptación e incautación postal de cartas, pliegos, valores, telegramas y otros.-** Su objetivo es incautar la correspondencia

dirigida al imputado o remitida por él, se practica sin su conocimiento. El fiscal formula el requerimiento fundamentado ante el JIP quien resuelve inmediatamente y en forma reservada, si expide la autorización, el fiscal debe ejecutar la medida o encargar a otro funcionario o policía. Se intercepta la correspondencia sin abrirla, el fiscal en su Despacho la apertura y procede a incautar la que tiene relación con el delito investigado; y devolverá la que no tiene relación con la investigación (arts. 226 a 229).

f. **Intervención grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales y otros.-** Su objetivo es grabar las comunicaciones del investigado. El fiscal formula el requerimiento fundamentado, indicando el nombre del afectado, la dirección, el medio de comunicación a intervenir y acompaña los recaudos. El JIP resuelve inmediatamente y en forma reservada. La autoridad encargada de ejecutar la medida **graba las comunicaciones** y las entrega al fiscal. Este debe disponer las medidas de seguridad para conservar las grabaciones y para que no sean conocida por terceros. Luego se procede a la transcripción, levantando las Actas correspondientes. Lo que no guarda relación con la investigación se devuelve a los afectados y se destruyen las transcripciones. Cuando finaliza la diligencia se notifica al afectado, siempre que el objeto de la investigación lo permita. Las empresas telefónicas están obligadas a posibilitar la intervención, grabación y registro (arts. 230 y 231)

g. **Levantamiento del secreto bancario.-** Su objetivo es conocer el movimiento económico y financiero del investigado en el sistema bancario. El fiscal formula el requerimiento fundamentado. El JIP resuelve inmediatamente, en forma reservada y sin trámite alguno. Las entidades bancarias deben remitir al fiscal toda la información correspondiente al imputado en el periodo solicitado (art. 235).

h. **Levantamiento de la reserva tributaria.-** Su objetivo es la remisión de toda la información, documentación y declaraciones que obran en los registros de la Administración Tributaria. El fiscal formula el requerimiento ante el JIP y si este lo

declara procedente ordena a la Sunat remitir la documentación correspondiente al imputado (art. 236).

Hay otras actuaciones que se pueden realizar, pero si al momento de la intervención no se cuenta con autorización judicial, el fiscal tiene que solicitar la **confirmación judicial**; tales actuaciones son las siguientes:

a. **El aseguramiento de documentos privados.** Si la policía o el fiscal durante el registro personal, la inspección o el allanamiento encuentran en poder del intervenido o en el lugar donde se interviene documentos privados, se tiene que asegurarlos sin examinar su contenido, dejar constancia en acta y luego el fiscal dentro de las 24 horas pone a disposición del JIP los documentos con un informe razonado, solicitando su incautación; el juez debe resolver el mismo día (art. 232).

b. **Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos.** Se realiza en el transcurso de una indagación e inspección de libros, comprobantes, documentos de una persona natural o jurídica. Se asegura el documento dejando constancia en acta. Luego el fiscal solicitará al JIP la orden de incautación, adjuntando un informe razonado y el acta correspondiente (art. 234).

c. **El examen corporal urgente**, cuando se trata de delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de cuatro años y siempre que exista urgencia o peligro por la demora. El fiscal puede disponer la realización de un examen corporal, esto es pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares, exploraciones radiológicas, etc. Del imputado con el fin de establecer hechos significativos de la investigación. Se tiene que levantar acta en presencia del abogado del imputado y luego solicitar la confirmación judicial (art. 211°.3).

d. **Exhibición forzosa o incautación de bienes en caso de flagrancia o peligro inminente.** La Policía en caso de flagrancia podrá requerir que se le entregue o que se le exhiba bienes que constituyen cuerpo del delito y de las cosas que se relacionan con él, dando cuenta inmediata al fiscal. Este dispone su realización, en caso de peligro inminente o cuando exista

peligro por la demora. Luego requerirá al JIP la confirmación del acto (art. 218°.2).

e. **Clausura o vigilancia de local e inmovilización de cosas muebles.** El fiscal la ordena y ejecuta, en caso de urgencia o peligro por la demora y solicita resolución confirmatoria antes de vencidas las 24 horas de realizada la diligencia.

Durante la investigación preparatoria se practican actos de investigación, tales como las declaraciones del imputado y los testigos, los informes periciales, etc. pero tales actos de investigación no se convierten por sí solos en actos de prueba, que permitan posteriormente al órgano de decisión fundamentar una sentencia de condena; esto está expresamente previsto en el artículo 325 del CPP que establece: "Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia". El mismo artículo establece que "para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes (...)". El fiscal dispone la actuación de los **medios probatorios** previstos y regulados en el CPP conforme al siguiente detalle:

a. **La declaración del imputado** (art. 86 y siguientes); pero este es un derecho del imputado a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos en su contra, el imputado podría ejercer su derecho a guardar silencio. Pero si decide declarar puede producirse la **confesión,** que consiste en admitir los cargos formulados en su contra, pero solo tiene valor cuando se presta libre y voluntariamente y cuando esté corroborada por otros medios probatorios (arts. 160 y 161).

b. **Declaración de los testigos,** personas que han tenido oportunidad de percibir por medio de los sentidos la comisión del hecho delictuoso y que pueden aportar una información útil para el esclarecimiento correspondiente (arts. 162 a 171).

c. **Emisión de informes periciales.** Pronunciamiento de un experto en un área del conocimiento humano, que permitirá obtener una explicación y mejor comprensión del hecho investigado. Se trata de la utilización de conocimiento científico y técnico en la investigación del delito. Hay un conjunto

importante de pericias, tantas como ramas del conocimiento existen. Ejemplo pericias de medicina legal, físicas, químicas, psicológicas, psiquiátricas, grafotécnicas, de ingeniería forense, de antropología forense, etc. (arts. 172 a 181).

d. **El Careo.-** Denominado también confrontación que se lleva a cabo cuando existen contradicciones en las declaraciones prestadas por los imputados, testigos, agraviados y es necesario oír a ambos con fines de esclarecimiento, es decir determinar quién dice la verdad (arts. 182 y 183).

e. **La prueba documental.** Son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fotografías, dibujos, que podrán ser presentados, exhibidos o incautados en el desarrollo de la investigación (arts. 184 a 188).

f. **El reconocimiento de personas** que se lleva a cabo con fines de individualización de una persona; también se regula el reconocimiento de voces y sonidos, así como de cosas (arts. 189 a 191).

g. **La inspección judicial y la reconstrucción de los hechos,** que tienen por objeto verificar en el lugar o escena del delito, si efectivamente ocurrió el hecho.

h. **Las pruebas especiales.** Con este nombre se regula un conjunto de diligencias que realizan los peritos médicos del Instituto de Medicina Legal en casos de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Entre ellas tenemos el levantamiento de cadáver, la necropsia. El examen en caso de lesiones y de agresión sexual, el examen en caso de aborto (arts. 195 a 201).

i. **La prueba anticipada.** En materia probatoria, la regla general es que el Tribunal tan solo puede fundamentar su sentencia en la prueba practicada bajo su inmediación en el juicio oral. Pero en pocas ocasiones debido a que existen hechos que no pueden ser trasladados al momento de la celebración del juicio deviene imposible practicar la prueba sobre los mismos en el juicio, por esa razón se establece doctrinalmente que en la etapa del sumario (investigación) pueden existir pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas.

El artículo 741 de LeCrim y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español establecen que: "El tribunal sentenciador solo puede fundar su sentencia en 'las pruebas practicadas en el juicio'. Pero por actos de prueba no cabe entender exclusivamente los que se ejecutan ante la inmediación del tribunal y bajo la vigencia de los principios de contradicción y publicidad, aunque esta ha de ser la regla general en un proceso acusatorio, sino también, excepcionalmente en la prueba sumarial anticipada y preconstituida"(56).

Prueba anticipada es aquella que se realiza en un momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral, motivada por la imposibilidad material de practicarla en ese acto. Almagro Nosete la define como aquella que "se practica antes y fuera del juicio oral". Según Manuel Miranda Estrampes, "la prueba anticipada no es una diligencia de investigación o instrucción, sino un verdadero acto de prueba, cuya particularidad radica en que se practica en un momento anterior al juicio oral, como excepción a la regla general, pero sujeto a las mismas garantías que presiden la práctica de la prueba en este y, por tanto, bajo el principio de inmediación del órgano judicial sentenciador. Supone únicamente una excepción al principio de concentración. Mediante la prueba anticipada no se realiza una labor instructora de acopio y aseguramiento de fuentes de prueba, sino una auténtica actividad probatoria (...)" (57).

En nuestro país el artículo 242 del código modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 prevé que la prueba anticipada pueda practicarse "durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria"(58); asimismo puede practicarse en la etapa intermedia (art. 352°.7), y puede hacerse a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales; su actuación es dirigida por el juez de la investigación preparatoria y se lleva cabo en los siguientes casos: la declaración testimonial, el examen de peritos, el debate pericial y el careo entre personas que han declarado; estas diligencias se

(56) GIMENO SENDRA, Vicente: "Conferencia Magistral" organizada por el Instituto de Ciencia Procesal Penal, 6 y 7 de abril de 2006, Lima, pp. 2 y 6.

(57) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch-Jmb. Barcelona 1997, p. 335.

(58) Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

practican en casos de urgencia, ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrán hacerse en el juicio oral, por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesas de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. También puede llevarse a cabo en los casos de 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.

El CPP ha previsto como causas que motivan la imposibilidad de comparecencia del testigo o del perito al acto de juicio oral, la enfermedad u otro grave impedimento, podría tratarse de supuestos de imposibilidad física que pueden tener su origen en la edad avanzada u otra causa similar; la otra causa tiene relación con la exposición a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero para que no declaren o lo hagan falsamente; solo en esos supuestos puede llevarse a cabo la declaración testimonial o la declaración del perito como prueba anticipada.

Respecto a los reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones hay que tener en cuenta que son diligencias propias de la fase de investigación ya que en la misma pueden dar sus mayores frutos en orden al descubrimiento de vestigios y huellas del delito, aunque nada impide que pueda practicarse durante la fase de plenario o como prueba anticipada, pero en este caso deben observarse las garantías de contradicción y de inmediación.

3.1. Fundamento de la prueba anticipada

Según Joan Picó i Junoy, "el fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba. Existen determinadas situaciones en las que, ante el peligro de perder la fuente probatoria o deteriorarse los hechos en mérito de los cuales se solicitará, o se está solicitando, una determinada resolución judicial, es necesario anticipar la actividad probatoria antes del juicio o vista (...) el fundamento último de la prueba anticipada no es otro que el de garantizar la mayor eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, evitando que las partes litigantes no puedan justificar

debidamente las razones o hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones (...)"[59].

3.2. Requisitos de la prueba anticipada

Los actos de prueba anticipada requieren de un lado, la intervención del órgano jurisdiccional, juez de la investigación preparatoria y, de otro, la posibilidad de contradicción. La necesidad de la concurrencia del primer requisito es evidente, si se tiene en cuenta que la prueba exige siempre la inmediación de un órgano dotado de imparcialidad e independencia, lo que plenamente tan solo acontece con la autoridad judicial. En cuanto al segundo, hay que recordar que la prueba exige la contradicción e igualdad de armas. Por tal razón la prueba anticipada se realizará siempre ante un órgano jurisdiccional: según los casos, el juez de la investigación preparatoria, el juez de instrucción, un magistrado del órgano sentenciador. La intervención de las partes es sustancialmente la misma que les corresponde en la práctica del medio de prueba dentro del juicio oral (...)[60].

Coherente con estos requisitos, el artículo 245 del CPP ha previsto la realización de una audiencia de prueba anticipada que se desarrollará en acto público y con la obligatoria asistencia del fiscal y del abogado defensor del imputado, si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica; los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto, pero su inconcurrencia no frustra la audiencia; las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral. Finalmente se reconoce el derecho a impugnar la resolución que decreta la actuación de prueba anticipada o que la desestime o disponga el aplazamiento de su práctica, así como decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia.

Como sostiene Miranda ESTRAMPES, no debemos olvidar que la prueba anticipada: "Debe tener un carácter excepcional, evitando que

(59) PICÓ I JUNOY, Joan. "La Prueba Anticipada en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Tomo de Jurisprudencia 7/2001 - Madrid, p. 1518 (D-265).

(60) MONTERO AROCA Juan, ORTELLS RAMOS Manuel, GÓMEZ COLOMER Juan-Luis, y MONTÓN REDONDO Alberto. *Derecho Jurisdiccional*, III. 6ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 268.

la misma se convierta en una práctica generalizada que desvirtúe el principio general de que las pruebas han de practicarse en el acto del juicio oral. La excepcionalidad debe ser, pues, su característica más acentuada. No cabe la práctica anticipada de una prueba por simples razones de comodidad, o para evitar las molestias que en algunos casos puedan producirse al practicarse la prueba de forma concentrada en las sesiones del juicio oral"(61).

El artículo 243 del CPP regula los requisitos para presentar la solicitud de prueba anticipada ante el juez de la investigación preparatoria: precisar la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio; indicar el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio; señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal.

4. Características

La investigación preparatoria tiene las siguientes características(62):

a. **Es legal,** su forma y procedimiento se encuentran regulados normativamente.

b. **Es objetiva e imparcial.** Sus conclusiones deben fundarse en elementos de convicción que sustenten sus proposiciones fácticas; recopilando información de cargo y de descargo que le permitan al fiscal, al concluir la investigación, decidir si formula acusación o si hace un requerimiento de sobreseimiento.

c. **Es dinámica,** es proactiva al recolectar los elementos de convicción, la investigación no se hace desde la oficina o el escritorio, sino en el campo, en la escena del delito, en el laboratorio.

d. **Es garantista,** la investigación se desarrolla en el marco de respeto a los derechos humanos, la dignidad de las personas y las garantías del imputado y de la víctima. En suma la

(61) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal.* José María Bosch-Jmb, Barcelona, 1997, pp. 324 y 326.

(62) ESCUELA DEL MINISTERIO PÚBLICO. *Guía para actuaciones del fiscal en el Código Procesal Penal.* Elaborada con el apoyo técnico de la Oficina de las Naciones Unidad contra la Droga y el Delito.

persecución penal debe aceptar los límites que impone el Estado de Derecho al poder punitivo del Estado.

e. **Es continua,** es un proceso permanente de recopilación de información relevante.

f. **Es flexible,** en su estrategia es creativa, promueve el trabajo en equipo y se retroalimenta con la información obtenida para fundar lo que será su teoría del caso.

g. **Es única,** la investigación preparatoria tiene una fase previa de diligencias preliminares, pero es única, al punto que las diligencias no deben repetirse y se realiza exclusivamente bajo la dirección del fiscal.

h. **Es eficiente,** se busca un adecuado uso de los mecanismos para el logro de sus objetivos. No se trata de investigar vulnerando los derechos fundamentales, sino usando el conocimiento científico y técnico.

i. **Es reservada,** su contenido solo podrá informarse a las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos; el carácter reservado de la investigación guarda relación con la protección del derecho a la presunción de inocencia y al honor y la buena reputación. Sin embargo, el fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en **secreto por un tiempo no mayor de veinte días,** prorrogables por el JIP por un plazo igual, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La disposición del fiscal que declara el secreto se notificará a las partes. Pero.

j. **Se puede obtener copia simple de los actuados,** para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, en cualquier momento las partes pueden obtener copia simple de las actuaciones. Pero se pone énfasis en que las copias que se obtengan son para uso de la defensa. El abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de Ley, bajo responsabilidad disciplinaria. Si el abogado faltara a esta obligación, será sancionado y si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio.

4.1. Facultades coercitivas del fiscal investigador

En el marco de la investigación preparatoria, el fiscal dispondrá la concurrencia de imputados, agraviados, testigos, peritos, intérpretes y depositarios que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas están obligadas a comparecer ante la fiscalía y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva por la Policía (arts. 66, 129 y 337°.3). Para ese fin el artículo 66 dispone que en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, **el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional** y que una vez realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, y antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad.

Las actuaciones de la investigación preparatoria solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia (art. 325) y el resultado de ellas no puede fundamentar la sentencia, como ocurre actualmente en los procesos de trámite sumario. Sin embargo, para los efectos de la sentencia, tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas y las actuaciones objetivas e irreproducibles (prueba preconstituida) cuya lectura en el juicio oral autoriza este código, de conformidad con lo previsto en el artículo 383 e). En cuanto a las diligencias de la investigación preparatoria el artículo 337 establece que el fiscal realizará las que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.

5. Plazos de la investigación preparatoria

El plazo de la investigación preparatoria está regulado por el artículo 342 del Código Procesal, dispositivo que ha sido modificado por la Ley N° 30077[63]. El apartado 1) de dicho dispositivo establece: **"El plazo de la investigación preparatoria es de ciento veinte días naturales. Solo por causas justificadas, dictando la disposición correspondiente, el fiscal podrá prorrogarla por única vez**

(63) Modificado por la Ley N° 30077 contra el crimen organizado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de agosto de 2013.

hasta por un máximo de sesenta días naturales". El apartado 2) establece: "**Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria**".

El apartado 3 del artículo antes citado establece que corresponde al fiscal emitir la disposición que declara **complejo el proceso** cuando:

a. Requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación.

b. Comprenda la investigación de numerosos delitos.

c. Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados.

d. Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos.

e. Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país.

f. Involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales.

g. Revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o

h. Comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 2915-2004-PHC/TC, caso Berrocal Prudencio de fecha 23 de noviembre de 2004 en su fundamento 25, al respecto refiere que:

> "Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un

alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil"

El cumplimiento de los plazos legales está sujeto a control judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343, el juez de la investigación preparatoria citará al fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo y luego de escuchar a las partes dictará la resolución que corresponda. Si el juez ordena la conclusión de la investigación preparatoria, el fiscal debe pronunciarse en el plazo de diez días.

Los plazos de la investigación preparatoria se computan en días naturales, así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia en los Autos de Casación N° 02-2008-La Libertad y N° 66-2010-Puno.

Antes del vencimiento de los plazos, si el fiscal considera que las diligencias actuadas establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación, o recurrir a los mecanismos de celeridad procesal previstos.

Por otro lado, cabe señalar que hay diferencia entre el cómputo de los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria(64), conforme a la casación N° 02-2008-La Libertad, en la que advierte que "[l]os plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al fiscal para fijar uno distinto según las características como, 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 corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha (...). Finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por su característica revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cuál es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable (...), debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los

(64) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 135.

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 (...), debe computarse [la investigación preparatoria] a partir de su comunicación en virtud a lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres" (fundamentos décimo primero y décimo segundo).

6. Actos especiales de investigación y crimen organizado

La criminalidad organizada está promovida por verdaderas empresas, grandes organizaciones delictivas que disponen y hacen uso de cuantiosos medios materiales y personales, superiores a los que el Estado puede destinar para hacerle frente; lo que se traduce en un mayor potencial delictivo y en una mayor facilidad para lograr la impunidad de las infracciones que cometen.

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia como por el *modus operandi* con que actúa. Ante estos nuevos retos los gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quieres tienen la misión de perseguir y reprimir los delitos que cometen.

La criminalidad organizada ha sido motivo de preocupación, de urgente atención y de absoluta prioridad por todas las naciones como lo demuestra la elaboración instrumentos jurídicos internacionales:

a. La convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas(65).

b. La convención contra la delincuencia organizada transnacional(66).

Se han introducido en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los órganos de investigación participar en el entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar

(65) Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas hecha en Viena (Austria) el 20 de diciembre de 1988.

(66) La Convención contra la delincuencia organizada Transnacional fue adoptada en la ciudad de Palermo (Italia) en diciembre del año 2000.

sobre sus actividades con el fin de obtener elementos probatorios para proceder a detención de sus presuntos autores.

La mayor eficacia de la política criminal frente a la complejidad del crimen organizado donde tan difícil es entrar y combatir a los centros de decisión, exige un mayor esfuerzo en las técnicas de investigación, creando instrumentos procesales para el logro de esa mayor eficacia, sin que ello implique merma alguna de las garantías del debido proceso, ni del derecho de defensa.

Nuestro país ha legislado contra el crimen organizado habiéndose promulgado el 20 de agosto de 2013 la Ley N° 30077[67] que entró en vigencia plena el 1 de julio de 2014[68]. Esta ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales. En cuanto.al aspecto procesal el artículo 4 establece que para la investigación juzgamiento y sanción de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, que cometan los delitos señalados en el artículo 3 rigen las normas del Código Procesal Penal, sin perjuicio de las disposiciones especiales aprobadas por la presente ley.

El artículo 7 de la Ley N° 30077 establece que se pueden adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos. Se deben respetar escrupulosamente en todos los casos los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad y que tanto el requerimiento fiscal que se formule como la resolución judicial que se emita deben estar debidamente motivados.

La ley establece expresamente que las técnicas de investigación aplicables en los casos de criminalidad organizada son las siguientes:

(67) Ley N° 30077 contra el crimen organizado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de agosto de 2013 modifica los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957.

(68) LEY N° 30133 Modifica la primera y tercera disposiciones complementarias finales de la Ley N° 30077, *con el siguiente texto: "Primera. Vigencia La presente Ley entra en vigencia el 1 de Julio de 2014. Tercera.* La Sala Penal Nacional y los juzgados penales nacionales tienen competencia objetiva, funcional y territorial para conocer los procesos penales por los delitos graves cometidos por una organización criminal, siempre que el delito o sus efectos tengan repercusión nacional o internacional, dando lugar a un proceso complejo. La competencia de los referidos órganos jurisdiccionales queda sujeta a la verificación de la concurrencia de todos estos requisitos".

a. La interceptación postal y la intervención de comunicaciones.
b. La circulación y entrega vigilada de bienes.
c. El agente encubierto.
d. Acciones de seguimiento y vigilancia.
e. La colaboración eficaz (supuestos de arrepentimiento)
f. La protección de testigos, peritos y colaboradores.

6.1. Interceptación postal e intervención de comunicaciones

El artículo 2 apartado 10 de la Constitución Política del Estado reconoce que toda persona tiene derecho "al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo 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. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)"; lo que tiene relación con lo dispuesto en el apartado 7 del mismo artículo que reconoce que toda persona tiene derecho "al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar".

El artículo 12 de la declaración universal de Derechos Humanos(69) y el artículo 17 del PIDCP(70) reconocen el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, domicilio o correspondencia; reconociendo también el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

En ese sentido nuestra norma constitucional garantiza la impermeabilidad de la comunicación frente a terceros ajenos a la misma, sea cual fuese su contenido. El concepto de secreto que maneja el texto constitucional es, pues, formal y debe ser entendido como todo aquello que una persona o grupo reducido de personas cuidadosamente lo

(69) Suscrita y proclamada en Paris Francia el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidad y aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.
(70) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por Decreto Ley N° 22128 del 12 de abril de 1978.

tiene reservado y oculto. Se presume que el contenido de la comunicación es secreto para todos aquellos que no participan en la misma; sin embargo como todo derecho fundamental, su ejercicio no es absoluto, por tal circunstancia la propia norma constitucional hace excepciones permitiendo que en el marco de una investigación penal se pueda disponer, entre otras medidas, la interceptación, intervención e incautación de las comunicaciones; sobre este punto es preciso agregar que esta deberá realizarse en estricto respeto de los derechos fundamentales del imputado y de las normas procesales vigentes, de lo contrario, sería considerada como una prueba ilícita que será rechazada al momento de su valoración.

6.1.1. La interceptación e incautación postal en el nuevo CPP

El CPP de 2004, establece en sus artículos 226 al 229, el procedimiento que se debe observar para la interceptación e incautación postal. Dispone inicialmente que dicha medida deberá recaer sobre cartas pliegos, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias, se presume emanan de él o de los que él puede ser el destinatario. En estos artículos se establecen los presupuestos que debe tenerse en cuenta con relación a esta medida:

a. Debe ser indispensable para el esclarecimiento de los hechos que se investigan.
b. Requiere de un pedido formal del fiscal al juez de la investigación preparatoria y una resolución judicial debidamente motivada.
c. Su actuación se dispone a través de una resolución judicial debidamente motivada.
d. Recae sobre la documentación pública o privada que se dirija al imputado de manera directa o indirecta.
e. Esta medida es eminentemente reservada
f. Se actúa sin conocimiento del afectado.
g. La duración de la medida se prolongará por el tiempo que sea estrictamente necesario, el cual no será mayor que el periodo de la investigación.

6.1.2. Procedimiento

a. Requerimiento fiscal debidamente motivado.

b. El juez de la investigación preparatoria resolverá mediante trámite reservado.

c. Si el pedido fuese rechazado el fiscal de la investigación preparatoria podrá interponer recurso de apelación el mismo que será resuelto por la sala superior de manera reservada y sin previa opinión del fiscal superior.

d. Si el juez acepta el pedido, el fiscal ordenará su ejecución la cual será realizada por este o por un funcionario de la fiscalía o un efectivo policial que designe.

e. Acto seguido se examinará externamente la correspondencia o los envíos retenidos, sin abrirlos o tomar conocimiento de su contenido, y retendrá aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. De todo lo actuado se levantará un acta.

f. La apertura de la correspondencia se efectuará en el despacho fiscal, pudiendo presentarse dos situaciones, las cuales constarán en sus respectivas actas:

   - Si tiene relación con la investigación, el fiscal dispondrá su incautación, dando cuenta al juez de la investigación preparatoria.
   - Si no tuviera relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario, directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal.

g. Cumplida la diligencia y las investigaciones del caso, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado, quien podrá solicitar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. 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 se realizó correctamente.

En el ámbito de la Ley N° 30077 se respeta el plazo de duración de esta técnica especial de interceptación postal prevista en el inciso 2 del artículo 226, esto es, no mayor que el periodo de investigación.

6.1.3. La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones

En cuanto al contenido del secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones personales, la jurisprudencia constitucional expone que:

> "Tal derecho se encuentra reconocido en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación.
>
> 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 o 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"(71).

Ahora bien el Tribunal Constitucional también recoge la tendencia de que en un Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, por lo que se establece, que bajo ciertas circunstancias y en determinados ámbitos de su contenido, es posible que los derechos puedan ser restringidos con el único objeto de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. En ese sentido el citado

(71) Expediente N° 2863-2002-AA/TC, Caso: Rodolfo Berrospi Álvarez, Fundamento 3.

inciso 10 del artículo 2 de la Constitución prescribe en su segundo párrafo que "Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo 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"(72).

Ante el conflicto de intereses individuales (respeto de los derechos fundamentales de la persona) e intereses públicos (reprimir los delitos para proteger los bienes jurídicos de las personas), parece conveniente optar por una solución intermedia que busque establecer un equilibrio, el mismo que redundará en el desarrollo ordinario de las actividades y en el fortalecimiento del Estado de derecho(73).

Partiendo de estas afirmaciones es que el llamado derecho al secreto de las comunicaciones, conforme lo dispone la norma constitucional antes citada, puede ser objeto de determinadas medidas restrictivas, que se podrán adoptar únicamente en el marco de una investigación penal con la finalidad de averiguar o comprobar la perpetración de las infracciones punibles.

El CPP en sus artículos 230 y 231 establece el procedimiento especial para intervenir las comunicaciones y las telecomunicaciones, en consecuencia para llevar a cabo la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales u otras formas de comunicación, se iniciará con la formulación del Requerimiento motivado del fiscal a cargo de la investigación preparatoria, siempre que se den los siguientes presupuestos:

- Que el delito que se investiga esté sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad.
- Que existan suficientes elementos de convicción respecto de la comisión del delito.
- Que la intervención sea absolutamente necesaria para alcanzar los fines de la investigación.

(72) Constitución Política del Estado, promulgada el 29 de Diciembre de 1993. Edición del Congreso de la República. Marzo de 2015.

(73) HURTADO POZO, José. "Vladivideos e Ilegalidad de la prueba". En: *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal,* N° 140, setiembre de 2001 (p. 73).

El requerimiento fiscal debe contener además los datos de identidad de la persona afectada, su dirección, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar, la forma de intervención, su alcance, el tiempo de duración, la autoridad fiscal o policial que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro.

El juez de la investigación preparatoria se pronunciará de manera inmediata y reservada respecto al requerimiento del fiscal. La orden judicial podrá dirigirse en contra del investigado o en contra las personas de las que cabe estimar fundadamente, que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones o que el investigado utiliza su comunicación. Si el pedido fuera denegado, es posible interponer la apelación respectiva, la cual será resuelta por la sala superior sin trámite alguno; es decir no requiere la opinión del fiscal superior debido a la necesidad de tomar la decisión pertinente con rapidez.

Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deben dar a las autoridades investigadoras las facilidades para realizar la diligencia, incluso bajo el apercibimiento de ser denunciadas por delito de desobediencia a la autoridad. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los servidores de las empresas están obligados a guardar secreto de la misma. La interceptación **no puede durar más de sesenta días**. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del fiscal y decisión motivada del juez de la investigación preparatoria[74].

La intervención de las comunicaciones será registrada mediante su grabación magnetofónica u otro medio técnico análogo que asegure la fidelidad del registro. La grabación será entregada al fiscal quien dispondrá su conservación, adoptando las medidas de seguridad correspondientes y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas. El fiscal dispondrá la trascripción escrita de la grabación levantándose un acta, sin perjuicio de conservar los originales de la grabación. Las comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas

(74) El plazo originalmente fue establecido en treinta días, el mismo fue ampliado a sesenta días conforme a lo dispuesto por la Ley N° 30077.

con la medida y se destruirá toda la transcripción o copias de ellas por el Ministerio Público.

Una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado y este podrá instar el reexamen judicial. La audiencia judicial al respecto se realizará en el más breve plazo. Estará dirigida a verificar sus resultados y que el afectado haga valer sus derechos y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto.

Esta medida de intervención de comunicaciones y telecomunicaciones se emplea con frecuencia en las investigaciones por delitos cometidos por organizaciones criminales: tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, trata de personas, minería ilegal, etc. En el caso de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, corrupción su aporte es esencial en el acopio de información y de elementos probatorios que, a la postre permiten conocer como está integrada la organización delictiva, sus planes delictivos, sus relaciones con otras organizaciones o personas, sus fuentes de financiamiento; en las investigaciones realizadas para desarticular la organización terrorista sendero luminoso en los valle del Huallaga y el Monzón ha sido de vital importancia esta técnica de investigación y su aporte ha sido valioso, habiéndose logrado desarticular la organización delictiva y sus integrantes han sido capturados, procesados y sancionados en el marco del debido proceso. Siendo importante destacar que su líder Florindo Eleuterio Flores alias "Artemio" fue condenado a cadena perpetua.

6.2. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

Es una técnica investigativa que nació en el ámbito de la investigación del tráfico ilícito de drogas, "por la cual la autoridad judicial permite que un cargamento de estupefacientes, que se envía ocultamente a través de cualquier medio de transporte, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, a fin de individualizar al remitente, destinatario y demás partícipes de esta maniobra delictiva"(75).

> "Esta técnica especial de investigación supone la existencia de una verdadera cooperación internacional en la represión del tráfico

(75) EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Ad-Hoc. Editores, 1996, Argentina, p. 107.

ilícito de estupefacientes, ya que la entrega vigilada implica por lo menos la intervención de dos Estados, uno por el cual circula la remesa y otro que será de destino; por ello el ordenamiento de ambos países debe contemplar la posibilidad de aplicar la entrega controlada, para que la remesa que sale de un país sea secuestrada por el país de destino, juntamente con la detención de los destinatarios y partícipes en dicho envío"(76).

La entrega vigilada o entrega controlada, con el transcurrir del tiempo se ha ampliado a otros ámbitos de la investigación y por ello se dice que consiste en permitir que determinadas remesas ilícitas o sospechosas de drogas, bienes, ganancias procedentes de actividades delictivas circulen por el territorio del Estado y salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad y bajo su vigilancia con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como prestar auxilio a las autoridades extranjeras.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 340 modificado por la Ley N° 30077(77), se entiende por **circulación o entrega vigilada** la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por el 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. Los bienes delictivos, objeto de esta técnica especial conforme a lo dispuesto por el artículo 340.4 modificado por la Ley N° 30077 son:

a. Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas.

b. Las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas.

(76) Ibídem, p. 108.
(77) Ley N° 30077 Contra el Crimen Organizado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de Agosto de 2013 modifica los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957.

c. Los bienes, dinero, títulos valores, efectos y ganancias a que se refiere en el Decreto Legislativo N° 1106 que tipifica los delitos de Lavado de Activos.

d. Los bienes relativos a los delitos aduaneros.

e. Los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228 extracción ilegal de bienes culturales, 230 destrucción, alteración o extracción de bienes culturales, 308 tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre, 309 formas agravadas, 252 a 255 y 257 delitos monetarios; 279 fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos y 279 A producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas, del Código Penal.

Los requisitos que deben tomarse en cuenta para adoptar esta técnica especial de investigación son los siguientes:

a. **La autorización**, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 340 del CPP la otorgará el fiscal mediante una disposición en la que determine explícitamente el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate.

b. **Control policial**, que debe realizarse durante el trayecto que recorren los bienes delictivos. En este caso opera una combinación entre las técnicas de entrega vigilada y agente encubierto.

c. **Control judicial**, cuando se trata de interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos. En este caso, la apertura de envíos postales la posterior sustitución de los bienes delictivos que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando lo dispuesto en los artículos 226 y siguientes del CPP, que regulan el control de comunicaciones y documentos privados.

La diligencia y apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta que hayan culminado las diligencias preliminares y, en su caso, se prolongará, previa autorización del juez de la investigación preparatoria, hasta por quince días luego de formalizada la investigación preparatoria.

Para adoptar esta medida el fiscal tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El fiscal que dicte la autorización remitirá copia de la disposición a la Fiscalía de la Nación, que abrirá un registro reservado de dichas autorizaciones(78).

Las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencias se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación dispuesto por el fiscal para el concreto.

6.3. Agente encubierto(79)

Es "una técnica investigativa, que permite penetrar de afuera hacia adentrò en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a través de la infiltración de un agente, con la finalidad de obtener información para desbaratar a esa organización criminal. Se trata de una verdadera investigación encubierta"(80).

"La naturaleza del Agente encubierto se presenta problemática, pues hay dos los valores en pugna:

a. **La moralidad y la licitud** de los medios que emplea el Estado en la lucha contra la criminalidad organizada. El Estado se vale de un medio inmoral en la represión del narcotráfico ya que el agente encubierto utilizará la mentira y la traición como medios para descubrir los delitos y desbaratar a la organización.

(78) Resolución de Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio de 2006 que aprueba el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y agente encubierto.

(79) Los apartados 1, 2 y 4 del artículo 341 del CPP que regula esta técnica especial de investigación han sido modificados, en primer lugar por la Ley N° 28950 del 16 de enero de 2007, cuya primera disposición complementaria, transitoria y final dispone su vigencia inmediata en todo el país. Últimamente dicho artículo ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

(80) EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Ob. cit., p. 53.

b. **La eficacia** en esa lucha. Si queremos luchar eficazmente en la represión de la narcocriminalidad debemos contar con medios idóneos para penetrar y conocer la intimidad de una delincuencia tan compleja, organizada y ramificada, como el narcotráfico".

A la luz de la política criminal, el legislador debe optar entre estos dos valores. A nivel internacional y nacional, se inclinaron por la eficacia del sistema penal para combatir al crimen organizado, atento a la gravedad y al aumento de este flagelo mundial(81).

Uno de los elementos esenciales en el funcionamiento de las organizaciones criminales, por su propia naturaleza clandestina, es lograr mantener oculta la identidad de sus miembros, los métodos que utilizan, los lugares en que se esconden y las acciones que llevan a cabo. Así pues, el conocimiento de estas circunstancias y su prueba en juicio son la vía tanto para prevenir o desbaratar acciones criminales, como para lograr la condena de los responsables, incluyendo a los jefes de la organización, que suelen permanecer en el anonimato(82). La doctrina procesal considera que el agente encubierto es un miembro de la Policía Judicial que oculta su carácter de agente en el curso de una investigación de las actividades propias de la delincuencia organizada, pudiendo adoptar una identidad supuesta.

El agente encubierto o infiltrado viene amparado en su cometido por una identidad supuesta, y se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación, debiendo poner a disposición de quien autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación(83).

El agente encubierto ha sido definido como un funcionario público que fingiendo no serlo se infiltra, por disposición judicial, en una organización delictiva, con el propósito de proporcionar "desde adentro" información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y, como consecuencia, el desbaratamiento de esa asociación ilícita.

(81) Ibídem, p. 54.
(82) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex 2001, p. 214.
(83) Ibídem, p. 215.

Se discute sobre si el agente encubierto puede tener, en su tarea, "licencia para delinquir", a modo de excusa absolutoria anticipada, derivada de su condición de tal, o si fuera de su participación simulada en la organización delictual, debe abstenerse de cometer delitos o provocar su comisión por otras personas. Esta última sería la única posición aceptable, ya que la no punibilidad de sus acciones solo podría derivar de las reglas generales del CP, actuando dentro, y no fuera, del encargo de la autoridad judicial, la cual sería, a su vez, responsable de precisar y controlar tal misión. Además, debería, especialmente, prohibírsele vulnerar derechos constitucionales en su tarea de colectar datos o información, y ordenarla expresa y rotundamente la utilización de los "frutos probatorios" de esas irregularidades(84).

> "(...) agente encubierto es toda persona que ya sea particular o miembro de la fuerza pública, bajo el control y supervisión del Estado, se infiltra de forma total o parcial, o simplemente interactúa en el entorno social de un grupo delictivo, con o sin una identidad falsa supuesta, con el fin de ganarse la confianza del grupo delictivo, haciéndose pasar por uno de ellos para recabar información permita procesar penalmente a todos los involucrados en los actos delictivos ejecutados"(85). El agente infiltrado es una modalidad de agente encubierto, que bajo el patrocinio, protección y control del Estado, legitimado por la potestad y obligación estatal de combatir la delincuencia, modifica de forma total su identidad y comportamiento, para poder inmiscuirse en el núcleo de un grupo delictivo, ganándose su confianza para poder pertenecer al mismo, con el único fin de descubrir la identidad de sus integrantes, su modus operandi, su historial delictivo y para recabar información adecuada y eficaz, que permita en un proceso penal, identificar y determinar la culpabilidad de forma inequívoca de sus integrantes, por la autoría de conductas penadas por el derecho penal del Estado. El agente infiltrado siempre será integrante de las fuerzas de seguridad del Estado.

(84) CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 4ª edición actualizada y ampliada. Desalma, Buenos Aires, pp. 221 y 222.

(85) RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Nº 41, diciembre de 2012, p. 200

A tenor de lo dispuesto por el artículo 341 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 "el fiscal, cuando se trata de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, de la trata de personas, de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos (...). La identidad supuesta será otorgada por el fiscal por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad"(86)

La disposición que apruebe la designación de agentes encubiertos deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuarán en el caso concreto. Esta decisión será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia de la misma se remite a la Fiscalía de la Nación, que bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas.

La identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino. Asimismo, es posible ocultar la identidad en un proceso, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que exista un motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o agente especial, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando la participación de estos últimos.

(86) Así lo dispone el artículo 341 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del fiscal y de sus superiores. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará como corresponde por el órgano jurisdiccional competente. De igual manera, esta información solo puede ser utilizada en otros procesos, en la medida en que se desprendan de su utilización conocimientos necesarios para el esclarecimiento de un delito.

En estos casos cuando las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales, se deberá solicitar al juez de la investigación preparatoria las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. El procedimiento será especialmente reservado.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

En el marco de la vigencia del nuevo CPP el Ministerio Público, mediante Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006, aprobó el reglamento de circulación y entrega vigilada bienes delictivos y agente encubierto, estableciendo en su artículo 12, con relación a este tema, lo siguiente: "Tratándose de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos, la interceptación y apertura de dichos envíos y, en su caso, la sustitución total o parcial de las sustancias o bienes delictivos que se hallaren en su interior, se requerirá autorización al juez de la investigación preparatoria".

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley contra el crimen organizado los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del CPP.

6.4. Agente especial

El artículo 341 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 establece que el fiscal cuando las circunstancias lo requieran, podrá disponer la utilización de un **agente especial,** entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal (...). Agregando que en los delitos contra la Administración Pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal el fiscal podrá disponer que funcionarios, servidores y particulares sean nombrados como agentes especiales. Si por la naturaleza del hecho, estos participan de un operativo de revelación del delito, el fiscal deberá disponer las medidas de protección pertinentes. El agente especial deberá cuidar de no provocar el delito. Ejecutada la técnica especial de investigación se requerirá al Juez Penal competente la confirmatoria de lo actuado[87].

6.4.1. Requisitos exigibles y forma de practicar la diligencia

a. **Carácter excepcional.** Solo se adoptará esta técnica especial cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso para los imputados.

b. **Resolución habilitante** debidamente fundamentada. Los datos aportados deben ser concretos, objetivos, producto de una exhaustiva investigación.

c. **Juicio de proporcionalidad,** la actividad del agente encubierto debe estar sometida al principio de proporcionalidad, en el sentido de que el derecho al castigo por parte del Estado no debe realizarse a cualquier precio, sino respetando los derechos fundamentales.

(87) Artículo 341 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506. Además la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio de 2006 aprobó el reglamento de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos y agente encubierto.

d. **Especialidad.** Determinación de los delitos cuya comisión se sospecha, no son válidas las autorizaciones genéricas. La ley en forma taxativa nos indica en qué tipo de delitos puede ser utilizada la figura del agente encubierto.

e. **Última ratio.** Se acude a la utilización del agente encubierto cuando hemos utilizado otros medios de investigación y han resultado ineficaces o inoperantes y considerando ello se hace necesario restringir un derecho fundamental como la intimidad de las personas.

f. **Indicios racionales de criminalidad.** No valen las simples sospechas o conjeturas. El Estado puede intervenir solo en los supuestos en los que exista un grado suficiente de imputación de un delito; existen razones objetivas que la persona está cometiendo una infracción penal relacionada con el crimen organizado.

6.4.2. Ámbito de aplicación de esta técnica especial de investigación

El artículo 3 de la Ley N° 30077 modificado por el Decreto Legislativo N° 1244[88] establece expresamente los delitos tipificados en el Código Penal, en los que se puede aplicar esta técnica especial de investigación y son los siguientes:

a. Homicidio calificado, sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, de conformidad con los artículos 108, 108-C, 108-D.

b. Secuestro, tipificado en el artículo 152.

c. Trata de personas, tipificado en el artículo 153.

d. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162.

e. Delitos contra el patrimonio, tipificados en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197.

f. Pornografía infantil, artículo 183-A.

(88) Artículo 3 de la Ley N° 30077 modificado por el Decreto Legislativo N° 1244 que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, promulgado por el Poder Ejecutivo el 29 de octubre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

g. Extorsión, artículo 200.

h. Usurpación en las modalidades tipificadas en los artículos 202 y 204.

i. Delitos informáticos previstos en la ley penal.

j. Delitos monetarios, tipificados en los artículos 252, 253 y 2354.

k. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas municiones y explosivos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D.

l. Delitos contra la salud pública, tipificados en los artículos 294-A y 294-B.

m. Tráfico ilícito de drogas, previsto en la sección II del capítulo III del título XII del libro segundo del Código Penal.

n. Delitos de tráfico ilícito de migrantes, tipificados en los artículos 303-A y 303-B.

o. Delitos ambientales tipificados en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, 310-A, 310-B y 310-C.

p. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A.

q. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321.

r. Delitos contra la Administración Pública, previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 3917-A, 398, 399, 400 y 401.

s. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427.

t. Lavado de activos, tipificado en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo N° 1106 de lucha eficaz contra el lavado de activos.

6.5. Acciones de seguimiento y vigilancia

El artículo 14 de la Ley contra el crimen organizado, N° 30077 establece que: "El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial,

y sin conocimiento del investigado puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del CPP".

El artículo antes citado regula la "videovigilancia" disponiendo que en las investigaciones por delitos violentos, graves o cometidos por organizaciones criminales, el fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la policía y sin conocimiento del afectado puede ordenar la realización de las siguientes diligencias:

a. Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y

b. Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado, que se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios. Sin embargo se hace la previsión que se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o en lugares cerrados y finalmente dispone que para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.

6.6. El proceso de colaboración eficaz

6.6.1. Antecedentes legislativos y ámbito de aplicación

En nuestro país esta institución procesal es conocida desde 1992 y su ámbito de aplicación se ha expandido progresivamente hasta la fecha, habiéndose dado las siguientes leyes:

a. Las Leyes N° 25499 del 16 de mayo de 1992 y N° 26220 de agosto de 1993 sobre arrepentimiento en el campo del terrorismo, cuya aplicación, si bien contribuyó a la desarticulación de las organizaciones terroristas, también dio lugar a múltiples abusos manifestados en la formulación de imputaciones en mérito a la información de los arrepentidos, sin previa corroboración, lo que a la postre determinó condenas impuestas a inocentes y/o en casos en que había insuficiencia probatoria.

En este sentido, el Gobierno de Fujimori se vió obligado a solucionar este problema a través de una comisión *ad hoc* constituida por ley, integrada por el Ministro de Justicia, el Defensor del Pueblo y el representante personal del Presidente de la República, encargada de revisar los expedientes y de proponer indultos.

Los beneficios previstos para los delatores o colaboradores fueron: reducción de la pena hasta por un medio del mínimo legal, exención de pena para quienes venían siendo procesados y la remisión de pena, para quienes estaban condenados. Las leyes antes citadas dejaron de tener vigencia a partir del 1 de noviembre de 1994 conforme a la Ley N° 26345 de 30 de agosto de 1994.

b. Decreto Ley N° 25582 del 27 de junio de 1992 referido a los delitos cometidos en agravio del Estado. El imputado solo tiene una opción: lograr que le eximan de la pena y convertirse en testigo de la acusación. Este es el caso de Sergio Siracusa, el único beneficiario de esta ley, en el proceso penal seguido por las irregularidades cometidas durante la construcción del Tren Eléctrico durante el primer gobierno del Dr. Alan García Pérez.

c. Decreto Legislativo N° 815 de 20 de abril de 1996 para los casos de delitos tributarios, previstos y sancionados por el Decreto Legislativo N° 813. El arrepentido tendrá oportunidad de lograr los beneficios de eximición de pena o la reducción de esta, cuando esté comprendido en una investigación administrativa, en una investigación fiscal o en un proceso penal.

d. Decreto Legislativo N° 824 del 24 de abril de 1996 para los casos de tráfico ilícito de drogas. Establece los beneficios procesales y penitenciarios excepcionales. En el desarrollo del procedimiento, la identidad del colaborador se mantiene en secreto, se le asigna una clave, se le traslada a un centro especial de reclusión y se le asigna una identidad ficticia. Asimismo, debe hacerse una investigación complementaria que corrobore la veracidad, oportunidad y eficacia de la

información. Este decreto legislativo establece los siguientes beneficios procesales y penitenciarios excepcionales:

i. **Exención de pena.-** Cuando la información proporcionada permite identificar y detener a dirigentes o jefes de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas (TID), al tráfico ilícito de armas o lavado de dinero provenientes del TID o que permita el decomiso de productos o efectos vinculados al indicado delito, que establezca el funcionamiento de una organización criminal dedicada al TID o que permita la identificación de los dirigentes o jefes y la desarticulación de la organización criminal.

ii. **Remisión de la pena.-** Opera en los supuestos anteriores respecto a los condenados por los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y tráfico ilícito de armas. Estos beneficios no se aplican a los líderes de organización, jefes o cabecillas, tampoco a los funcionarios públicos encargados de la prevención, investigación juzgamiento y ejecución de las penas por dichos delitos. Asimismo, prevé un indulto atípico.

Estas disposiciones se han aplicado, logrando alcanzar los objetivos propuestos.

e. La Ley Nº 27388 fue promulgada en diciembre del año 2000 cuando se conoció el escándalo relativo a la corrupción y se puso en evidencia la mayor degradación moral que existía en el Perú; establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Entonces, se planteó el problema de cómo enfrentar esa situación y apelando a la experiencia internacional se propusieron reformas en el campo procesal penal y se dictaron normas para enfrentar el poder económico de la corrupción, la ley se dio en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción[89] en la que los Estados han asumido la obligación

(89) El 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptaron la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997. Esta convención, es el primer instrumento jurídico internacional en su tipo. Reconoce expresamente la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla.

de elegir instrumentos procesales idóneos en la persecución penal de la criminalidad en ese ámbito porque no es posible una lucha adecuada contra la criminalidad organizada sino se cuenta con los mecanismos de delación o cooperación con la administración de justicia, que permitan sancionar a personas que han tenido el dominio del hecho y el control de la organización criminal. Como podemos apreciar, se sacrifica la sanción penal o la intensidad de la pena a mandos intermedios a cambio de un objetivo mayor y más importante: desarticular el aparato criminal. Este es un mecanismo utilitarista, que pretende lograr el máximo beneficio al menor costo. La utilización de la colaboración eficaz, sobre todo en los casos de corrupción ha logrado sus objetivos. La información proporcionada por quienes se han acogido a los beneficios de la colaboración ha sido valiosa para los fines de la investigación, para conocer la estructura de la organización delictiva y las personas que lo han integrado. En consecuencia, se ha logrado tener acceso a información y documentos que de otra manera hubiesen sido inaccesibles. Ha sido posible investigar y procesar a particulares y funcionarios públicos que han ocupado puestos claves en la organización delictiva. De igual manera las normas sobre colaboración eficaz previstas en esta ley se han aplicado en la lucha contra el terrorismo, habiendo tenido éxito pues se ha desarticulado la organización terrorista que actuaba en el valle del Monzón en los Departamentos de Huánuco y San Martín, que estaba liderada por Florindo Eleuterio Flores Hala "alias" Artemio, quien fue capturado, procesado y está purgando pena de cadena perpetua. Estas normas también se vienen aplicado en la lucha contra las organizaciones terroristas que actúan en el Valle formado por los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem), habiendo tenido relativo éxito, pues se han realizado operativos en los que han sido abatidos líderes importantes de la organización tales como: Alejandro Borda Casafranca "alias" Alipio y Martín Quispe Palomino o Marco Antonio Quispe Palomino "alias" Gabriel, en agosto de 2013.

Los beneficios que pueden lograr los colaboradores son básicamente la reducción y exención de la pena. Sin embargo, pueden haber beneficios intermedios como por ejemplo cambiar la detención por comparecencia o medidas alternativas a la pena privativa de libertad, o la liberación condicional del condenado.

6.6.2. Conceptos doctrinarios

El procedimiento de colaboración eficaz ha surgido en el marco del Derecho Penal Premial, que descansa en la figura del arrepentido, es decir la persona que reconoce ante la autoridad los delitos en que ha participado y que proporciona información suficiente y eficaz para ayudar a buscar pruebas permitiendo, en última instancia, una eficaz prevención y adecuada represión del delito. En el Derecho comparado se han desarrollado normas que fomentan la figura del arrepentido o colaborador con la justicia para el descubrimiento del delito, así en el derecho anglosajón se denomina "Testigo de la corona", que obtiene inmunidad a cambio de su testimonio. En el Derecho italiano están los colaboradores de la justicia, que han contribuido a la lucha contra el terrorismo y la corrupción en las décadas del 70 y 80.

Se entiende por colaboración eficaz el hecho de proporcionar información clasificada, que no es cualquier dato, sino una información escasa que no puede lograrse fácilmente. Información eficaz es aquella con la que se evita la continuidad, permanencia o consumación del delito, con la que se disminuye notablemente la magnitud o consecuencia de su ejecución. Permite neutralizar otras acciones o daños que podrían producirse cuando se está frente a una organización criminal, al mismo tiempo de conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito o saber cuál es el paradero o destino de los bienes o efectos y las ganancias del delito así como las fuentes de financiamiento del mismo. Finalmente, permite identificar al autor o partícipe de un delito y la relación que ha existido entre ellos.

Sin embargo la ley debe establecer un mecanismo para garantizar que el solo dicho del colaborador no sea suficiente para implicar a una persona. No es posible otorgarle eficacia inmediata al dicho del colaborador. Este debe ser avalado con elementos probatorios para darle verosimilitud. En este sentido, la sola imputación del arrepentido no puede justificar en modo alguno una sentencia condenatoria y

tampoco una medida cautelar contra una persona. Por lo tanto, si las pruebas no se recaudan, no es posible el procesamiento del sindicado por versión del arrepentido.

Puede caracterizarse al arrepentido con estos elementos:

a. Se encuentra imputado de un delito cometido por la organización criminal a la que pertenece.

b. Brinda información sobre el delito y la organización criminal.

c. La información que brinda debe de ser significativa.

d. La información tiene la finalidad de identificación de personas o secuestro de cosas.

e. Se favorecerá con una reducción o eximición de la pena.

- Características del procedimiento de la colaboración eficaz

a. Los beneficios que se otorgan tienen carácter transaccional, suponen para el beneficiario el suministro de una información, de un elemento de prueba a cambio de la exención de la pena, la disminución de la pena, etc.

b. La justificación de este procedimiento está determinada por la necesidad de combatir la impunidad reinante en aquellos procesos en los que no se ha podido identificar a los autores o participes, y romper la ley del silencio que impera en la criminalidad organizada, además de servir de instrumento de prevención de la comisión de delitos de gran dañosidad social.

- Características del colaborador

a. El colaborador reviste la calidad de imputado de un delito, es un arrepentido.

b. Debe brindar información significativa.

c. La información tiene por finalidad la identificación de personas o el secuestro de cosas.

d. Se favorece con la reducción o eximición de pena.

Principios que deben informar este procedimiento especial. Son los siguientes:

a. **Eficacia.**- La colaboración que ofrece el imputado a la justicia debe ser útil. La delación debe contribuir al éxito de la investigación y servir de fundamento para construir una sentencia condenatoria en contra del delatado.

b. **Proporcionalidad.**- Se debe medir con precisión el grado de la colaboración con la justicia, para tasar el beneficio penal que corresponda otorgar.

c. **Condicionalidad.**- Los beneficios no deben tener vida propia, se otorgan por una sola vez y están sujetos al cumplimiento de condiciones específicas, cuyo incumplimiento determina su revocación.

d. **Formalidad.**- La iniciación de este procedimiento exige una manifestación expresa del imputado, quien debe hacer mención que desea acogerse a sus términos y debe ser resultado de un proceso de diálogo con el Ministerio Público.

e. **Oportunidad.**- El procedimiento de colaboración eficaz puede iniciarse en la medida de que el colaborador esté sometido a una investigación preliminar (esté procesado o condenado). Cada momento debe tener sus propias reglas.

Como lo sostiene Víctor Arbulú Martínez, el proceso de colaboración eficaz tiene reconocimiento constitucional, en efecto la STC recaída en el Expediente N° 003-2005-PI/TC del 9 de agosto de 2006 sienta posición, al sostener: "La institución de la colaboración eficaz es un instituto del denominado Derecho Penal Premial, mediante el cual se atenúa o exime de responsabilidad penal a la persona que colabora con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento y juzgamiento de delitos perpetrados en el ámbito de la criminalidad organizada, supuestos que se encuentran regulados por la Ley N° 28378 y sus modificatorias. En si misma considerada, esta institución no genera problemas de orden constitucional. En el marco de su competencia de prevención y sanción de los delitos, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para crear, organizar y regular las instituciones penales o procesales penales que mejor contribuyan con tales tareas. Al Tribunal Constitucional no le corresponde

evaluar si estas son oportunas, convenientes o eficaces en el marco de los fines para los cuales fueron creados. Su tarea se reduce a determinar si en la regulación de los institutos que lo conforman, se han puesto en entredicho derechos o principios constitucionales. El instituto de la colaboración eficaz centra en la figura del colaborador, también denominado 'arrepentido', la posibilidad de alcanzar los fines para el cual fue creado. Y es en las exigencia que se imponen para conceder el beneficio que su regulación puede comprometer derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental. En efecto, el Tribunal observa que para acogerse al beneficio de la colaboración eficaz, y así obtener una exención o atenuación de pena, el arrepentido asume una situación singular en el proceso penal. Por un lado, tiene la condición de investigado o imputado, en la medida que confiesa su participación en cualquiera de los delitos para los cuales se ha previsto el beneficio. Pero, de otro, también asume la condición de inculpado testigo, ya que para acogerse al beneficio proporciona información sobre actos criminales de terceros [art. 3 de la Ley N° 28378]. En el primer supuesto, es decir, cuando confiesa su culpabilidad o declara contra si mismo, su colaboración en el proceso penal podría entenderse, *prima facie*, como que afecta el derecho a no autoinculparse. En el segundo supuesto, es decir, cuando asume la condición de inculpado testigo, la información que facilita sobre los actos ilícitos de sus coinculpados podría comprometer su derecho/principio de presunción de inocencia, pues en su condición de inculpado-testigo no está obligado a decir la verdad" (fundamentos 268 al 271)[90].

6.6.3. Proceso por colaboración eficaz en el NCPP

En el CPP de 2004 la colaboración eficaz está regulada como un proceso especial, en los artículos 472 al 481. Pero es preciso anotar que tales disposiciones fueron modificadas primero por la Ley N° 30077 y posteriormente por el Decreto Legislativo N° 1301 que modifica la sección sexta del Libro Quinto del CPP, "a fin de fortalecer la lucha contra la delincuencia común, la corrupción y el crimen organizado, para dotar de operatividad al proceso especial por

(90) ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor J. "Derecho Premial y Colaboración Eficaz". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 35, mayo de 2012, p. 221.

colaboración eficaz"[91]. Además ha incorporado los artículos 473-A, 476-A y 481-A. En tal sentido, trataremos de explicar este tema de conformidad con las modificaciones realizadas.

El artículo 472 establece que el fiscal está facultado para promover o recibir solicitudes de colaboración eficaz y, en su caso, cuando se planteen verbalmente a levantar las actas correspondientes, a fin de iniciar el procedimiento de corroboración y, si corresponde, a suscribir el acuerdo de beneficios y colaboración, con quien se encuentre o no sometido a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal.

En el apartado 2 del citado artículo se establece que el fiscal requerirá a los órganos fiscales y judiciales, mediante comunicación reservada, copia certificada o información acerca de los cargos imputados al solicitante y que los órganos requeridos, sin trámite alguno y de manera igualmente reservada remitirán a la fiscalía requirente la citada información.

Se establece que el proceso especial por colaboración eficaz es autónomo y que puede comprender información de interés para una o varias investigaciones a cargo de los fiscales. Asimismo que la fiscalía de la Nación dictará las instrucciones en relación a la forma en que dicha información debe ser compartida.

- **Fase de corroboración**

El artículo 473 regula la fase de corroboración, disponiendo que recibida que sea la solicitud de colaboración eficaz, el fiscal podrá disponer el inicio del procedimiento ordenando las diligencias de corroboración que considere pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada y que podrá requerir la intervención de la Policía Nacional para que bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un informe policial. En tanto ello ocurra, los procesos, incluyendo las investigaciones preparatorias que se siguen contra el solicitante continuaran con su tramitación.

(91) Decreto Legislativo N° 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al Proceso Especial por Colaboración Eficaz, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506,

Dispone al mismo tiempo que el Fiscal podrá celebrar reuniones con los colaboradores con o sin la presencia de sus abogados. Asimismo podrá celebrar un "convenio preparatorio" que precisará –sobre la base de la calidad de información ofrecida y la naturaleza de los cargos o hechos delictuosos objeto de imputación o no contradicción–, los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de corroboración.

Mientras dure este proceso el colaborador será sometido a medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y su seguridad personal. En caso sea necesario, el fiscal acudirá al juez de la investigación preparatoria requiriéndole que dicte las medidas de coerción y de protección que correspondan, las cuales se dictarán reservadamente. Cuando el colaborador se encuentre interno en un establecimiento penitenciario, el fiscal deberá seguir el procedimiento antes descrito ante el juez de la investigación preparatoria. Si el colaborador tiene mandato de prisión preventiva el juez podrá variarlo a solicitud del fiscal, por el que corresponda, pero no son aplicables las reglas de cesación de la prisión preventiva previstas para el proceso común. En este caso la variación procede por razones de seguridad o por ser parte del Convenio Preparatorio y debe motivarse en mínimos actos de investigación realizados en la fase de corroboración, la audiencia es privada y solo participa el fiscal, el colaborador y su defensor.

- **Participación del agraviado en el proceso de colaboración eficaz**

El artículo 473-A incorporado por el Decreto Legislativo N° 1301[92] regula la participación del Agraviado del delito en el proceso de colaboración eficaz, disponiendo que deberá ser citado al final de la fase de corroboración y si asiste se le deberá informar que uno de los aspectos que abarca el procedimiento es el delito cometido en su perjuicio y cuál es el monto de reparación civil que considera adecuada a sus intereses. También se le preguntará si desea intervenir en el procedimiento y en su momento firmar el acta del acuerdo

(92) Decreto Legislativo N° 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por Colaboración Eficaz, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506, ha incorporado el citado artículo 473-A.

de beneficios y colaboración. Sin embargo, el agraviado no participa de las diligencias de corroboración, su intervención está circunscrita al ámbito de la reparación civil, estando legitimado para ofrecer las pruebas necesarias para su valoración, si fuere el caso.

La inasistencia del agraviado y su discrepancia respecto del monto de la reparación civil fijada en el acuerdo no impedirá la continuación del trámite, ni la suscripción del acuerdo; teniendo expedito su derecho para hacerlo valer en la vía civil, en cuyo caso impugnará el Acta solo en el extremo del monto de la reparación civil.

- **Procedencia**

El artículo 474 del Código Procesal Penal dispone que para la aplicación del beneficio por colaboración eficaz el colaborador debe:

a. Haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas;
b. Admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen. Aquellos hechos que no acepte no formarán parte del proceso por colaboración eficaz, y se estará a lo que se decida en el proceso penal correspondiente; y,
c. Presentarse al fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz.

- **Ámbito de aplicación y competencia**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 474 los delitos que pueden ser objeto de acuerdo son los siguientes:

a. Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato.
b. Para todos los casos de criminalidad organizada previstos en el artículo 3 de la Ley N° 30077 modificada por el Decreto Legislativo N° 1244.
c. Concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, delitos aduaneros, contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por pluralidad de personas.
d. Otros que establezca la Ley.

No será obstáculo para la celebración del acuerdo cuando se trate de concurso de delitos y uno de ellos no corresponda a los previstos en el presente artículo.

• **Requisitos de la eficacia de la información**

El artículo 475 del CPP establece que la información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente:

Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva.

Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.

Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse, así como a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros;

Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva;

• **Beneficios premiales**

Están expresamente previstos en el apartado 2 del artículo 475 y el artículo 478 del CPP. El primero dispone lo siguiente:

Teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración, en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, el colaborador podrá obtener alguno de los siguientes beneficios premiales:

a. Exención de la pena,
b. Disminución de la pena,
c. Suspensión de la ejecución de la pena, o
d. Remisión de la pena para quien la está cumpliendo. Y en el artículo 478 se hace referencia además a lo siguiente:

e. La conversión de pena privativa de libertad por multa; o

f. La prestación de servicios o limitación de días libres, conforme a las equivalencias previstas en las leyes de la materia.

Además se dispone que el beneficio de la disminución de la pena podrá aplicarse acumulativamente con la suspensión de la ejecución de la pena; y que la exención y la remisión de la pena exigirán que la colaboración activa o información eficaz permita:

a. Evitar un delito de especial connotación y gravedad;

b. Identificar categóricamente y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva;

c. Descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva, o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización.

En el apartado 6 del artículo 475 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1301 el legislador realiza una modificación sustancial respecto a la legislación anterior, al disponer que los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de la ejecución de la pena, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico[93]. El Fiscal para acordar el beneficio, debe ponderar la proporcionalidad entre el grado de aporte del colaborador y su grado de participación dentro de la estructura criminal y el delito.

- **Trámite para la suscripción del acuerdo**

En cuanto al trámite a seguir para la suscripción de un acuerdo de beneficios por colaboración, el artículo 476 establece que culminados los actos de investigación, si el Fiscal considera procedente la

(93) Decreto Legislativo N° 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por Colaboración Eficaz, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

concesión de los beneficios elaborará un acta con el colaborador, en la que constará:

a. El beneficio acordado.

b. Los hechos a los cuales se refiere el beneficio; y

c. Las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada.

Además establece en el apartado 2 que si el fiscal estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales, denegará la realización del acuerdo y dispondrá se proceda, respecto del solicitante, conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar. Esta disposición no es impugnable.

Finalmente, en el apartado 3 del artículo antes citado se establece que en los casos en que se demuestre la inocencia de quien fue involucrado por el colaborador, el fiscal deberá informarle de su identidad, siempre que se advierta indicios de que a sabiendas hizo la imputación falsa, para los fines legales correspondientes.

- **Eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos**

El artículo 476-A incorporado por el Decreto Legislativo Nº 1301[94] regula la eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos, disponiendo lo siguiente: Si la información proporcionada por el colaborador arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas o de otras personas, será materia de la correspondiente investigación y decisión por el Ministerio Público a efecto de determinar la persecución y sanción de los responsables.

El fiscal debe decidir si lo actuado en la carpeta fiscal de colaboración eficaz será incorporado total o parcialmente al proceso o procesos correspondientes, cautelando la identidad del declarante.

(94) Decreto Legislativo Nº 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por Colaboración Eficaz, ha incorporado el citado artículo 476-A.

El fiscal de conformidad con el artículo 65 decidirá si aporta el testimonio del colaborador a juicio, pero si existiese riesgo para su vida se reservará su identidad. El juez valorara la declaración de conformidad con el apartado 2 del artículo 158. Existe error al remitirnos al artículo 65 porque no guarda relación con la colaboración eficaz, ni con la actuación de los testimonios.

• **Consecuencias del proceso de colaboración eficaz**

Si el juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es imputado se encuentran en investigación preparatoria, el **fiscal podrá no acusar al colaborador.**

Si el juez aprueba el acuerdo y los procesos donde el colaborador es acusado se encuentran en **juzgamiento, el fiscal podrá retirar la acusación** y en su caso, el juez penal unipersonal o colegiado estarán a lo resuelto en la sentencia por colaboración eficaz.

La sentencia de colaboración eficaz será oponible en cualquier estado del proceso, ante los órganos jurisdiccionales que son parte del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz.

• **Colaboración durante la etapa de investigación**

Cuando el proceso por colaboración eficaz está referido a hechos que son materia de un proceso penal que se encuentra en la etapa de investigación o incluso si no existe investigación, el acuerdo de beneficios y colaboración se remitirá al juez de la investigación preparatoria, conjuntamente con los actuados formados al efecto, para el control de legalidad respectivo. El juez penal, en el plazo de cinco (5) días, mediante resolución inimpugnable, podrá formular observaciones al contenido del acta y la concesión de los beneficios y en la misma resolución ordenará devolver lo actuado al fiscal; así lo dispone el artículo 477.

Recibida el acta original o la complementaria, según sea el caso, con los recaudos pertinentes, el juez penal, dentro del décimo día, celebrará una audiencia privada especial con asistencia de quienes celebraron el acuerdo, en donde cada uno por su orden expondrá los motivos y fundamentos del mismo. El juez, verificará que el colaborador conozca los alcances del proceso especial. De esta diligencia se levantará un acta donde constarán resumidamente las incidencias.

Culminada la audiencia, el juez dentro del tercer día dictará según sea el caso, **un Auto desaprobando el Acuerdo o la Sentencia aprobando el Acuerdo**; ambas resoluciones pueden ser impugnadas vía recurso de apelación, que será resuelto por la Sala Superior. Asimismo, el agraviado en tanto haya expresado su voluntad de intervenir en el proceso, tendrá derecho a impugnar la sentencia aprobatoria, en el extremo de la reparación civil.

Si el juez considera que el acuerdo no adolece de infracciones legales, no resulta manifiestamente irrazonable, o no es evidente su falta de eficacia, lo aprobará e impondrá las obligaciones que correspondan al colaborador. La sentencia que no podrá exceder los términos del acuerdo. Si el acuerdo aprobado consiste en la exención o remisión de la pena, así lo declarará ordenando su inmediata libertad y la anulación de los antecedentes del beneficiado. Si consiste en la disminución de la pena, declarará la responsabilidad penal del colaborador y le impondrá la sanción que corresponda según los términos del acuerdo, sin perjuicio de imponer las obligaciones pertinentes.

- **Colaboración en las otras etapas del proceso contradictorio**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 478 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1301 cuando el proceso por colaboración eficaz se inicia estando el proceso contradictorio en el Juzgado Penal y antes del inicio del juicio oral, el Fiscal –previo los trámites de verificación correspondientes– remitirá el acta con sus recaudos al juez penal, quien celebrará para dicho efecto una audiencia privada especial. El Juzgado Penal procederá, en lo pertinente conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y la resolución que se pronuncie sobre la procedencia o improcedencia de los beneficios es susceptible de recurso de apelación, que será resuelto por la Sala Superior.

Si la colaboración se inicia con posterioridad a la sentencia, el juez de la investigación preparatoria a solicitud del fiscal, previa celebración de una audiencia privada, en los términos del artículo anterior, podrá conceder los siguientes beneficios:

a. La remisión de la pena,

b. La suspensión de la ejecución de la pena,

c. La conversión de pena privativa de libertad por multa; o

d. La prestación de servicios o limitación de días libres, conforme a las equivalencias previstas en las leyes de la materia.

En el supuesto anterior, si el juez desestima el acuerdo, en la resolución indicará las razones que motivaron su decisión. El auto desaprobatorio o la sentencia aprobatoria– que dicta el juez es susceptible de recurso de apelación, el que será resuelto por la Sala Penal Superior. Finalmente se establece que para medir la proporcionalidad de los beneficios otorgados, el juez debe tomar en cuenta la oportunidad de la información.

• **Condiciones, obligaciones y control del beneficiado**

El artículo 479 del CPP modificado por el Decreto Legislativo 1301 dispone que la concesión del beneficio premial está condicionado a que el beneficiado no cometa nuevo delito doloso dentro de los diez años de habérsele otorgado. Asimismo conlleva la imposición de una o varias obligaciones, sin perjuicio de disponer que el beneficiado se obligue especialmente a concurrir a toda citación derivada de los hechos materia del acuerdo de colaboración aprobado judicialmente. Las obligaciones son las siguientes:

a. Informar de todo cambio de residencia;
b. Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos;
c. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo imposibilidad económica.
d. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y drogas;
e. Someterse a vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas;
f. Presentarse cuando el juez o el fiscal lo solicite;
g. Observar buena conducta individual, familiar y social;
h. No salir del país sin previa autorización judicial;
i. Cumplir con las obligaciones contempladas por en el acuerdo.
j. Acreditar el trabajo o estudio ante las autoridades competentes.

Las obligaciones se impondrán según la naturaleza y modalidades del hecho punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió; la naturaleza del beneficio y la magnitud de la colaboración proporcionada, así como de acuerdo a las condiciones personales del beneficiado. Las obligaciones se garantizarán mediante caución o fianza, si las posibilidades económicas del colaborador lo permite. El control de su cumplimiento corresponde al Ministerio Público.

- **Revocación de los beneficios**

El artículo 480 del CPP modificado por el Decreto Legislativo 1301 establece que fiscal provincial, con los recaudos indispensables acopiados en la indagación previa iniciada al respecto, podrá solicitar al juez que otorgó el beneficio premial la revocatoria del mismo. El juez correrá traslado de la solicitud por el término de cinco (5) días y con su contestación o sin ella, realizará la **audiencia de revocación de beneficios** con la asistencia obligatoria del fiscal, a la que debe citarse a los que suscribieron el acuerdo de colaboración. La inconcurrencia del beneficiado no impedirá la continuación de la audiencia, pero se le nombrará un defensor de oficio.

En este sentido, escuchada la posición del fiscal y del defensor del beneficiado, y actuadas las pruebas ofrecidas, el juez decidirá inmediatamente mediante auto debidamente fundamentado, en un plazo no mayor de tres días. Contra esta resolución procede recurso de apelación, el que será conocido por la Sala Penal Superior.

Cuando la revocatoria se refiere a **la exención de pena**, una vez que quede firme la resolución indicada en el numeral anterior, se seguirá el siguiente trámite sin perjuicio de la aplicación de las reglas comunes en tanto no lo contradigan:

a. Se remitirán los actuados al fiscal provincial para que formule acusación y pida la pena que corresponda según la forma y circunstancias de comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado.

b. El juez penal, inmediatamente celebrará una audiencia pública con asistencia de las partes para lo cual dictará **el auto de enjuiciamiento** correspondiente y correrá traslado a las partes por el plazo de cinco días (5) para que formulen sus alegatos

escritos, introduzcan las pretensiones que correspondan y ofrezcan las pruebas pertinentes para la determinación de la sanción y de la reparación civil.

c. Resuelta la admisión de los medios de prueba, se emitirá **el auto de citación a juicio** señalando día y hora para la audiencia. En ella se examinará al imputado, se actuarán las pruebas ofrecidas y admitidas para la determinación de la pena y la reparación civil. Luego de los alegatos orales del fiscal, del procurador público y del abogado defensor, y la concesión del uso de la palabra al acusado, **se emitirá sentencia**, contra la cual procede recurso de apelación, que será conocida por la Sala Penal Superior.

Cuando la revocatoria se refiere a la **disminución de la pena**, una vez que quede firme la resolución se seguirá el siguiente trámite, sin perjuicio de la aplicación de las reglas comunes en tanto no lo contradigan:

a. Se remitirán los actuados al fiscal provincial para que **formule la pretensión de la condena correspondiente**, según la forma y circunstancias de la comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado.

b. El Juez Penal inmediatamente celebrará una audiencia pública con asistencia de las partes, previo traslado a la defensa del requerimiento fiscal, a fin de que en el plazo de cinco (5) días formule sus alegatos escritos e introduzca, de ser el caso, las pretensiones que correspondan y ofrezca las pruebas pertinentes. Resuelta la admisión de los medios de prueba, se llevará a cabo **la audiencia**, donde se examinará al imputado y de corresponder, se actuarán las pruebas admitidas. **La sentencia** se dictará previo alegato oral del Fiscal y de la defensa, así como de la concesión del uso de la palabra al acusado.

c. Contra la sentencia procede recurso de apelación, que será de conocimiento de la Sala Penal Superior.

Cuando la revocatoria se refiere a la **remisión de la pena**, una vez que quede firme la resolución indicada en esta disposición, el juez penal, en la misma resolución que dispone la revocatoria, ordenará que el imputado cumpla el extremo de la pena remitida.

Cuando la revocatoria se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena, detención domiciliaria o comparecencia, se regirá en lo pertinente por las normas penales, procesales o de ejecución penal.

• **Mérito de la información cuando se rechaza el acuerdo**

Si el acuerdo de colaboración y beneficios es denegado por el Fiscal o es desaprobado por el juez, las diversas declaraciones formuladas por el colaborador se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizadas en su contra. En ese mismo supuesto las declaraciones prestadas por otras personas durante la fase de corroboración, así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles, mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito y a lo dispuesto en el artículo 158. Rige, en todo caso, lo establecido en el artículo 159

• **Utilidad de la información en otros procesos.**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 481-A incorporado por el Decreto Legislativo N° 1301[95] los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz.

La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, pero se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo158.

6.7. Medidas de protección

Para estimular que los arrepentidos, testigos, peritos, colaboren en la investigación propios de la criminalidad organizada es necesario garantizarles su protección, pues existe fundado temor a las represalias que puedan los integrantes de la organización delictiva, en contra de aquellos.

(95) Decreto Legislativo N° 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por Colaboración Eficaz, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

Cotidianamente se atenta contra la integridad física o la vida de quienes han puesto al descubierto a estas siniestras organizaciones. "El temor es el más poderoso instrumento que utilizan tanto contra las Autoridades como ante eventuales testigos o arrepentidos para desalentarlos en su intento de colaborar con las justicia"(96). En consecuencia no es suficiente regular nuevas técnicas investigativas, al mismo tiempo hay que establecer mecanismos efectivos de protección.

Para la procedencia de las medidas de protección la ley exige la existencia de un peligro concreto, cierto para la vida o la integridad física. Las circunstancias del caso hacen presumir fundadamente la existencia de peligro: el arrepentido o el testigo o sus familiares reciben amenazas de muerte, o han sido víctimas de atentados contra su vida.

- **Destinatarios de las medidas de protección**

Las personas destinatarias de las medidas de protección, según lo dispuesto por el artículo 247 del CPP **modificado por el Decreto Legislativo N° 1307** son los testigos, los peritos, los agraviados, los agentes especiales o colaboradores que intervienen en los procesos penales. Para aplicar estas medidas será necesario que el fiscal durante la investigación preparatoria, o el juez, aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos(97).

- **Clases de medidas de protección**

El artículo 248 del CPP **modificado por el Decreto Legislativo N° 1301** establece expresamente cuales son las medidas de protección que pueden adoptarse y son las siguientes(98):

1. Protección policial.
2. Cambio de residencia.

(96) EDWARDS, Carlos Enrique. El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Ob. cit., p. 117.
(97) Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.
(98) Decreto Legislativo N° 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

3. Ocultación de su paradero.
4. Reserva de su identidad y demás datos personales, en las diligencias que se practiquen y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave. Cuando se trata de un interno de un establecimiento penitenciario se comunica a la dirección de registro penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario o la que haga sus veces.
5. Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que practiquen.
6. Fijación como domicilio la sede de la fiscalía competente.

El artículo 249 establece **las medidas adicionales**, disponiendo que la fiscalía y la policía encargada de la investigación deben evitar que a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de medidas de protección les tomen fotografías o se grave su imagen de forma tal que pudiesen ser identificados.

Se facilitará su traslado para las diligencias en vehículos adecuados y contarán con un ambiente reservado para su uso exclusivo el que debe estar convenientemente custodiado, cuando concurran a las diligencias.

En casos excepcionales el juez a pedido del fiscal podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

Este artículo ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1301 aumentándole el apartado 4, con el siguiente tenor: "Cuando el testigo o colaborador se encuentre recluido en un establecimiento penitenciario, el juez a pedido del fiscal dispone al instituto penitenciario que establezca las medidas de seguridad que se encuentren dentro de sus atribuciones".

En este tema existe un deber de colaboración y confidencialidad, todas las instituciones del Estado, funcionarios y servidores públicos, personas naturales o jurídicas del sector privado están obligadas a prestar colaboración para el esclarecimiento de los delitos regulados en la ley contra el crimen organizado.

La información obtenida como consecuencia de las técnicas especiales de investigación debe ser utilizada exclusivamente en la investigación correspondiente, debiendo guardar la más estricta confidencialidad respecto de terceros. El incumplimiento de esta obligación acarrea responsabilidad.

Finalmente es necesario precisar que la tercera disposición complementaria y transitoria de Ley N° 30077[99] dispuso la entrada en vigencia a nivel nacional del Título V de la sección ii del libro segundo sobre medidas de protección, previstas en los artículos 247 a 252 y de la Sección VI del Libro quinto –proceso por colaboración eficaz–, artículos 472 a 481 del Código Procesal Penal. La misma ley en el apartado 1 de la disposición complementaria deroga expresamente la Ley N° 27378 que estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.

7. Audiencias que se desarrollan durante la investigación preparatoria

Durante la investigación preparatoria se plantean una serie considerable de incidencias que deben resolverse y ello se hace mediante audiencia, esto quiere decir que se plantea por escrito y luego el juez de la investigación preparatoria convoca a una audiencia en que se lleva cabo mediante un debate oral respecto a lo planteado por una de las partes, estas audiencias son las siguientes:

1. Audiencia para aprobar abstención en casos en los que existe interés público (art. 2°.5)
2. Audiencia para aplicar **principio de oportunidad** después de promovida la acción penal (art. 2°.7)
3. Audiencia para resolver **medios técnicos de defensa** (art. 8)
4. Audiencia de actuación de pruebas en nulidad de transferencias (art. 15°.2. c)
5. Audiencia para resolver **declinatoria de competencia** (art. 34°.2)
6. Audiencia para resolver **contienda de competencia** entre juzgados penales (art. 45°.2)

(99) Ley N° 30077 contra el crimen organizado. Publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 20 de agosto de 2013.

7. Audiencia para **tutelar al imputado** (art. 71°.4)
8. Audiencia para determinar **la minoría de edad** (art. 74°.2)
9. Audiencia para resolver cuestiones sobre **inimputabilidad** (art. 75°.2)
10. Audiencia para resolver cuestiones sobre **inimputabilidad sobrevenida** (art. 76°.1)
11. Audiencia para resolver pedido de **incorporación de persona jurídica** en la investigación preparatoria (art. 91°.2)
12. Audiencia para resolver pedido de **constitución en actor civil** (art. 102°.2)
13. Audiencia para resolver pedido de **constitución de tercero civil** responsable. (art. 112°.1)
14. Audiencia de **reexamen de diligencias** de interceptación e incautación postal (art. 228°.2)
15. Audiencia de reexamen de **intervención de comunicaciones telefónicas** (art. 231°.4)
16. Audiencia de **reexamen de inspección de documentos** contables y administrativos (art. 234°.2)
17. Audiencia de **prueba anticipada** (art. 245)
18. Audiencia de **reforma de medidas de coerción personal y real** (art. 255.3)
19. Audiencia para determinar procedencia de **prisión preventiva** (art. 271°.1-2)
20. Audiencia para determinar la **prolongación de la prisión preventiva** (art. 274°.2)
21. Audiencia para determinar la **revocatoria de la libertad** (art. 276)
22. Audiencia para **revocar la comparecencia** y ordenar prisión preventiva (art. 279°.2)
23. Audiencia de **cese o sustitución de prisión preventiva** (art. 283)
24. Audiencia para decidir prolongación de **detención domiciliaria** (art. 290°.4)

25. Audiencia para determinar **internamiento en hospital psiquiátrico** público (art. 294°.1)
26. Audiencia para determinar la procedencia de **impedimento de salida del país**, del domicilio o lugar que se le fije al imputado (art. 296°.1)
27. Audiencia para determinar la **cesación de la suspensión preventiva de derechos** (art. 299°.2)
28. Audiencia para determinar la sustitución, acumulación e impugnación de la **suspensión preventiva de derechos** con otras medidas (art. 301)
29. Audiencia para determinar la **sustitución del bien embargado** y su levantamiento (art. 305°.2)
30. Audiencia de apelación para disponer **desalojo y ministración** provisional (art. 311°.5)
31. Audiencia para variar o **reexaminar la incautación** (art. 319°.3)
32. Audiencia de **control del plazo de la Investigación Preparatoria** (art. 343°.2)
33. Audiencia preliminar para debatir los fundamentos del **pedido de sobreseimiento** (art. 345°.3)
34. Audiencia preliminar de **control de acusación** (arts. 351, 352)
35. Audiencia de **apelación de autos** (art. 420°.2 y 5-6)
36. Audiencia de **apelación de sentencias** (art. 423, 424)
37. **Audiencia de casación** (art. 431°.2-4)
38. **Audiencia de revisión** (art. 443°.4-5)
39. Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por la Sala Penal Suprema (art. 451.1)
40. Audiencia del **proceso de seguridad** (art. 457°.6-10)
41. Audiencia por delito de **ejercicio privado de la acción penal** (art. 462°.2-3)
42. Audiencia de **terminación anticipada** (art. 468°.1 y 4-5)

43. Audiencia de **aprobación del acuerdo de beneficios y colaboración** (art. 477°.3)
44. Audiencia para **revocatoria de beneficios** (art. 480°.1)
45. Audiencia del **proceso de faltas** (art. 484)
46. Audiencia para decidir la procedencia de **pedidos de conversión de la pena** y otros (art. 491°.2)
47. Audiencia para determinar la procedencia de **libertad anticipada** (art. 491°.3)
48. Audiencia para resolver incidentes derivados de la **ejecución penal** (art. 491°.4)
49. Audiencia para resolver pedidos de **refundición o acumulación de penas** (art. 491°.5)
50. Audiencia para resolver la **cesación o continuación** de la medida de internación (art. 492°.2)
51. Audiencia para resolver incidentes derivados de la **ejecución de la reparación civil** y demás consecuencias accesorias (art. 493°.3)
52. Audiencia de control de la **extradición pasiva** dirigida por el juez de la investigación preparatoria (art. 521°.3)
53. Audiencia de **extradición pasiva** dirigida por la Sala Penal Suprema (art. 521°.4) Audiencia de control de arresto provisorio (art. 523°.6)
54. Audiencia de **extradición activa** dirigida por la Sala Penal Superior (art. 525°.2)
55. Audiencia de **extradición activa** Sala Penal Suprema (art. 526°.2)

Las **audiencias** previstas en el código pueden ser **aplazables o inaplazables**[100]. En el primer pleno jurisdiccional distrital de Ica materia penal y procesal penal 2011 discutió el tema presentándose dos posiciones:

(100) PRIMER PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE ICA MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL-2011 llevado en la ciudad de Ica, el dos de noviembre del año dos mil once.

• **¿Todas las audiencias son inaplazables?**

Primera posición. Sí, todas las audiencias son inaplazables por cuanto a todas ellas subyace el fundamental derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, y con ello, la garantía constitucional del debido proceso. Asumir lo contrario significaría admitir la posibilidad de que existan audiencias que puedan postergarse soslayándose así –entre otros– el principio de celeridad procesal.

Segunda posición. No todas son inaplazables, ello dependerá de la naturaleza de la misma y de las circunstancias y/o peculiaridades que puedan presentarse.

• **¿Qué debe entenderse por audiencias aplazables o inaplazables?**

Primera posición Las **audiencias inaplazables** son aquellas que no pueden postergarse en atención al principio de legalidad y al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (plazo razonable y debido proceso), las **audiencias aplazables** –por tanto– son aquellas susceptibles de diferir dentro de un plazo razonable y perentorio considerando los fines del proceso y la efectiva tutela de los derechos fundamentales del procesado (principio de razonabilidad).

Segunda posición. La naturaleza aplazable o inaplazable de una audiencia debe estar expresamente fijada en la ley. Si esta no confiere a determinada audiencia el carácter de aplazable en respeto al derecho del plazo razonable del proceso debe entender que todas las audiencias son inaplazables.

Las audiencias se conducirán respetando los principios y garantías procesales previstos en el código, especialmente los de imparcialidad, publicidad, igualdad de partes, inmediación, contradicción y concentración[101].

Los sujetos procesales, así como sus abogados, se conducirán bajo los principios de veracidad, lealtad y buena fe procesales. Su infracción será sancionada conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y, en su caso, en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(101) Cfr. Reglamento General de Audiencias Bajo Las Normas del Código Procesal Penal, junio, 2006.

La audiencia se realizará oralmente, sin perjuicio del registro en actas conforme lo dispuesto por el Reglamento, no se admitirá la presentación de escritos, salvo excepción expresa establecida en el código.

La audiencia se realizará en acto único. Para decidir una cuestión preliminar o incidental podrá, excepcionalmente, acordarse un receso por un tiempo no mayor de dos horas. Si por el tiempo u otra razón atendible, debidamente acreditada, específicamente referida a la actuación de pruebas imprescindibles, no fuere posible proseguir la audiencia; esta continuará al día siguiente o excepcionalmente en la fecha más próxima posible.

La audiencia se realizará en acto público salvo las que, por su naturaleza, tema a tratar o mandato legal, requieran ser realizadas en privado.

Las audiencias serán conducidas por el órgano jurisdiccional competente. El juez unipersonal o colegiado deberá controlar el desarrollo adecuado y ordenado de la audiencia. Para este efecto deberá hacer uso proporcional y oportuno de los apremios y medidas disciplinarias previstas en el código y supletoriamente lo previsto en el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial. La dirección de las audiencias deberá garantizar que los sujetos procesales sean oídos y que sus posiciones sean sometidas, en igualdad de condiciones, a un debate contradictorio. Los sujetos procesales actuarán en la audiencia con la mayor eficiencia y ponderación posibles, interviniendo activamente y concretando sus alegaciones a los puntos sometidos a debate. Para el mejor desarrollo de la audiencia, el órgano jurisdiccional podrá excepcionalmente requerir las precisiones necesarias a los sujetos procesales participantes con el propósito de contar con información suficiente para decidir.

El órgano jurisdiccional dispondrá las medidas de seguridad necesarias para que el público asistente a la audiencia no perturbe las condiciones para un debate ponderado y eficiente.

Uno de los problemas que viene afrontando la reforma procesal penal es la ineficacia en la producción de las audiencias orales, lo que se traduce en demoras, desprestigio del sistema frente a los usuarios, desperdicio de recursos y detrimento de la publicidad y

transparencia del sistema. Esto ha ocurrido porque la introducción de procedimientos orales no estuvo acompañada de un cambio del sistema de administración de los tribunales; por el contrario, los nuevos tribunales reprodujeron la estructura administrativa propia del sistema inquisitivo.

El problema reside en que todo el aparato administrativo está concebido para la tramitación de casos de acuerdo con el sistema escrito y resulta coherente con él. El método de trabajo utilizado consiste en el desarrollo de los procesos judiciales por medio de la incorporación de la información y de las resoluciones en el expediente que constituía la materialización del proceso, ese expediente está altamente formalizado y los empleados están preocupados por cumplir con las formalidades.

El problema se produce al intentar hacer funcionar un sistema de audiencias con ese aparato administrativo. La producción de audiencias es una tarea que tiene su propia lógica, el énfasis está puesto en el resultado, que la audiencia se realice, y no en el proceso como en el sistema anterior, en que la tarea consiste en que el expediente se realice de manera apropiada.

La tarea de producción requiere otra aproximación, mucho más desformalizada, supone que los encargados adoptan una actitud más dinámica, que desarrollan métodos para establecer compromisos y garantizarlos, que se desarrolle una amplia coordinación interinstitucional.

Estos problemas de organización de las audiencias tienen un enorme impacto sobre los otros organismos involucrados en el proceso, especialmente en el Ministerio Público, la defensa, la policía, los servicios penitenciarios, los servicios periciales, etc. Como consecuencia de la falta de certeza y eficacia de los tribunales se generan para los otros órganos demandas de tiempo excesivas, tiempos muertos, dificultades de coordinación, todo lo cual distorsiona su funcionamiento.

Finalmente se ha podido constatar una situación extrema de incapacidad para la organización de audiencias, consiste en la inconcurrencia de los imputados que se encuentran privados de libertad, a la espera del juicio. Se trata de una situación extrema dado que la privación de libertad de personas procesadas solo se justifica como un

medio para garantizar su comparecencia al juicio y si este efecto no se produce la medida pierde legitimidad[102].

Un ejemplo digno de destacar en la organización de audiencias es el de Chile, donde la reforma Procesal Penal fue acompañada por la introducción de un nuevo sistema de administración de tribunales. En los nuevos tribunales de garantías y juicio oral, que funcionan por medio de audiencias, se suprimió la figura del secretario y se generó un sistema de administración profesional común, a la cabeza del cual se encuentra El administrador, un profesional de área de gestión, que dirige un equipo de empleados organizados en unidades destinadas a prestar servicios a los jueces, entre los cuales se encuentran los vinculados a la organización de las audiencias.

7.1. Audiencia de prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida de coerción personal, de carácter excepcional y provisional. El fiscal si considera que el imputado debe ser procesado en prisión tiene que formular un **requerimiento** debidamente fundamentado y teniendo en cuenta que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 268.

El JIP dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del M.P. realizará la **audiencia** para determinar la procedencia de la prisión preventiva, la misma que se llevara a cabo con la concurrencia obligatoria del fiscal del imputado y de su defensor.

El Fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega a estar presente será representado por su abogado o por el defensor de oficio.

El **auto** que declara procedente la prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente. Si el juez no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva dispondrá la medida de comparecencia restrictiva o simple.

(102) Cfr. Centro de justicia de las Américas. Justice studies center of the Americas CEJA - JSCA. Lecturas Complementarias, Modulo N° 3. Exigencias Administrativas de la Oralidad. S Ed. S año.

7.2. Audiencia de tutela de derechos del imputado

El JIP se pronuncia en esta audiencia sobre lo planteado por el imputado, puede referirse al incumplimiento de las disposiciones legales, a los derechos del imputado que no son respetados, a la imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales. Y el juez resuelve, que se subsane la omisión o que se dicten las medidas de corrección o de protección que correspondan.

7.3. Audiencia de constitución en actor civil

El agraviado debe presentar ante el JIP una solicitud para que se le reconozca como actor civil y tiene que hacerlo luego de formalizada la investigación preparatoria y hasta antes de su conclusión. El JIP una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados procederá a notificar la solicitud y señalará fecha para la realización de la audiencia que se llevará a cabo con quienes concurran. En el desarrollo de la misma luego de escuchar los alegatos de las partes resolverá inmediatamente o en el plazo de dos días. El agraviado constituido en actor civil legitima su intervención en el desarrollo del proceso y podrá ejercer las facultades que le confiere los artículos 104 y 105 del CPP.

7.4. Audiencia de tercero civil responsable

A pedido del fiscal o del actor civil se puede incorporar al proceso penal a la persona que sin haber participado en la comisión del delito debe asumir, conjuntamente con el imputado, la responsabilidad civil por las consecuencias del delito. La solicitud se presentará por escrito ante el JIP luego de formalizada la Investigación preparatoria y hasta antes de su conclusión. El JIP una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados procederá a notificar la solicitud y señalará fecha para la realización de la audiencia que se llevará a cabo con quienes concurran. Si se declara procedente el pedido mandará notificar al tercero civil para que intervenga en el proceso; este en lo que concierne a la defensa de sus derechos patrimoniales gozará de todos los derechos y garantías que se le reconoce al imputado.

7.5. Audiencia de prueba anticipada

Durante **las diligencias preliminares** o una vez formalizada la investigación preparatoria a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales podrá instarse al juez de la investigación preparatoria la actuación de una **prueba anticipada** en los casos expresamente previstos en el artículo 242 del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1307[103]. El JIP correrá traslado a los demás sujetos procesales para que presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada. La resolución que dispone su realización especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que se llevará a cabo en acto público con asistencia obligatoria del fiscal, del abogado defensor del imputado. Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto, pero su inconcurrencia no frustra la audiencia.

Las pruebas se practican con las formalidades establecidas para el juicio oral.

8. Conclusión de la investigación preparatoria

El fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 344 tendrá un plazo de quince (15) días para emitir su pronunciamiento, es decir, formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o hace un requerimiento de sobreseimiento de la causa; este artículo está modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 que hace el siguiente añadido: "En casos complejos y de criminalidad organizada, el fiscal decide en el plazo de treinta (30) días, bajo responsabilidad"[104].

Si habiendo vencido los plazos el fiscal no diera por concluida la investigación preparatoria, las partes podrán solicitar su conclusión al

(103) Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506; dispone que la prueba anticipada puede practicarse también durante las diligencias preliminares.

(104) Decreto Legislativo N° 1307, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

juez de la investigación preparatoria, quien citará al fiscal y a las demás partes a una **audiencia de control del plazo** y luego de escucharlos, dictará la resolución que corresponda. Si el juez ordena la conclusión de la investigación preparatoria el fiscal tiene que pronunciarse, en el plazo de diez (10) días conforme a sus atribuciones: esto es, formulando acusación o haciendo un requerimiento de sobreseimiento; su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria, así lo dispone el artículo 343 del CPP.

En consecuencia, la investigación preparatoria concluirá por decisión del fiscal o por disposición del juez de la investigación preparatoria. En cualquiera de los casos el fiscal debe pronunciarse y tiene dos alternativas:

a. Formulará un **requerimiento de sobreseimiento** si durante la investigación preparatoria no ha logrado reunir los elementos probatorios que le permitan sustentar una acusación.

b. **Formulará acusación** cuando haya logrado reunir los elementos probatorios que le permitan sustentar la acusación y pueda prever razonablemente que obtendrá una sentencia condenatoria. Si el juez dispuso que concluya la investigación, el fiscal tiene que pronunciarse, su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria.

9. El juez de la investigación preparatoria

> "El procedimiento inquisitivo, estructurado sobre la base de un juez investigador, acusador y sentenciador, requiere a Dios como de Defensor"(105).

La investigación preparatoria se desarrolla bajo el control jurisdiccional que realiza el juez de la investigación preparatoria (juez de garantías) con el fin de que no se vulneren Derechos Fundamentales de la persona. Aquí el juez cumple su rol de garante de la vigencia plena de los Derechos fundamentales y sus atribuciones están previstas en los artículos 29 y 323 del CPP.

(105) DI LERTORA, Romeo V. *La Transición al nuevo Proceso Penal, Manual para Abogados*. Tomo I. Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, 2004, p. 17.

Como se ha señalado los derechos fundamentales tienden a tutelar la libertad, la autonomía y la seguridad de las personas no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social. En ese sentido, es frecuente que en el desarrollo de la Investigación Penal, que tiene como objetivo fundamental, la averiguación de la realidad de los hechos, la identificación de las personas que en ellos han participado y la preparación del juicio oral; dicha averiguación exija la restricción de algún derecho fundamental, por lo que se produce una tensión entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de las conductas punibles y la correlativa protección de aquéllos derechos que dichos poderes deben, igualmente, procurar. Como bien ha señalado el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 18 de noviembre de 1993 "la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse a costa de los derechos y libertades fundamentales".

En España, como lo señala Herrero-Tejedor, la problemática entre juez de instrucción - juez de Garantías, puede resumirse en el dilema juez instructor - fiscal instructor. La primera opción corresponde al sistema que se sigue tradicionalmente en España, mientras que la segunda supone que el juez se limite a tomar decisiones que en el régimen constitucional español solo él puede adoptar: prisión provisional, medidas cautelares, limitación de derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, entrada y registro, recogida de muestras corporales, etc.) Todo esto presupone que alguien distinto del órgano judicial se encargue de la recogida de pruebas y demás elementos precisos para preparar la celebración del juicio oral; y ese alguien no puede ser otro que el Ministerio Fiscal(106).

Es preciso señalar que existe una contradicción si se habla de fiscal instructor, ya que en la llamada "instrucción" se encuentran las medidas antes señaladas como exclusivas de la potestad jurisdiccional. Es preferible hablar de fiscal investigador, cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley(107).

(106) HERRERO-TEJEDOR Fernando. *El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles Alternativas.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 220.
(107) Artículo 124.1 de la Constitución Española de 1978.

Una de las manifestaciones de la promoción de la acción de la justicia sería la dirección de la labor de la policía judicial de cara al acopio del material probatorio necesario y suficiente para ejercer el ius puniendi del Estado. Cuando tal actividad suponga la más mínima restricción de derechos fundamentales el Ministerio Público la propone, pero solo el juez puede adoptarla. Y ese juez recibe el nombre de Juez de Garantías, ya que además de las funciones antes mencionadas, debe acordar la apertura del juicio oral para evitar que la "pena de banquillo" pueda recaer en un ciudadano sin la garantía del análisis y la decisión desapasionada e independiente de un miembro del Poder Judicial(108). El sistema apunta hacia un debilitamiento de la fase de instrucción a favor del plenario, donde se practican las pruebas con todas las garantías, únicas susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia.

Entre las propuestas del Consejo General del Poder Judicial formuladas a inicios del año judicial 2000-2001 se planteó entre otras cosas la asignación de un juez de garantías, figura novedosa con cuya creación se propone el control jurisdiccional de la instrucción, y en particular, la adopción de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

En Argentina Fernando Díaz Cantón, al analizar el trabajo de Pedro J. Bertolino sobre El Juez de Garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, sostiene que la primera etapa del proceso, Instrucción o investigación preparatoria, es imprescindible y que los órganos encargados de llevarla a cabo, no solo realizan una tarea recolectiva, sino también valorativa y en consecuencia dicha tarea no puede quedar en manos de un solo actor, sea el juez investigador o el fiscal. El juez no debe investigar sino valorar, p. ej. si en cada caso se dan los presupuestos legales y constitucionales para la adopción de medidas cautelares o si la realización del juicio es legítima, en virtud de la existencia de verosimilitud de responsabilidad penal.

Luego, el autor en comentario, delimitando las funciones del juez de garantías sostiene que "su tarea sería incompleta si se limitara a valorar, ya que su cometido abarca el aseguramiento de la igualdad de armas entre acusador y acusado, de la vigencia del contradictorio en

(108) HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Op. cit., p. 220.

los escasos momentos en que resulta indispensable en esa etapa y de su abreviación para asegurar el derecho de todo imputado a la pronta definición del caso". El juez de garantías es garante de la igualdad, del contradictorio y de la seguridad individual; constituye un freno a las arbitrariedades y abusos del investigador (fiscal). Es agente de abreviación de la etapa preparatoria y con ello garante de la revitalización de juicio público como etapa central, asegurando la vigencia en esta etapa del contradictorio pleno, de la inmediación entre los sujetos procesales y los órganos de prueba, con la indispensable proximidad temporal con los hechos de la causa.

El juez de garantías según este análisis cumple diversas funciones por lo que lo denomina un "juez diverso"; entre las principales tenemos:

- La protección de la víctima del delito.
- La disposición y cese de las medidas de coerción, siendo esta la actuación más comprometida asegurando los principios de adecuación, proporcionalidad y subsidiariedad, y la existencia del llamado "mérito de la coerción";
- La incorporación de pruebas y la realización de diligencias irreproducibles o definitivas, donde su cometido esencial es "garantizar el contradictorio";
- Las peticiones de nulidad, en aquellos supuestos en que el acto pretendidamente viciado constituya un elemento de juicio en el cual se sustente una decisión que importe el avasallamiento de derechos con carácter de gravamen irreparable respecto de una garantía individual del encausado;
- Su intervención en el contradictorio eventual una vez concluida la investigación (oposición a la elevación a juicio y articulación de excepciones);
- Las actividades de control (declaración del imputado y duración de la investigación penal preparatoria);
- Su intervención en los procedimientos especiales (privilegios constitucionales, procedimiento abreviado, hábeas corpus y amparo, etc.), exclusiones probatorias, sobreseimiento y policía del proceso.

En resumen, se trata de un juez constitucional, encargado de custodiar las garantías constitucionales individuales, su competencia, independencia e imparcialidad[109].

En Chile, conforme al artículo 25 del Código Orgánico de Tribunales, los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal se organizan en oficios que la ley orgánica denomina "unidades administrativas" para las diferentes funciones que les corresponde, siendo las de los juzgados de garantía las siguientes:

- Pronunciarse sobre las actuaciones previas que solicitare el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución (art. 70); dirigir las audiencias que se llevaren a cabo y mantener la disciplina durante su desarrollo.
- Resolver sobre el sobreseimiento propuesto por el fiscal, pudiendo aceptar, modificar o denegar la solicitud (art. 249 y sgtes).
- Dirigir la audiencia de preparación del juicio oral y dictar las resoluciones que correspondieren, p. ej. resolver excepciones, (art. 271), aprobar las convenciones probatorias (art. 275), dictar el auto de apertura del juicio oral (art. 277).
- Intervenir en la adopción de salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento y la adopción de acuerdos reparatorios, de modo tal que se permita alcanzar una solución rápida del caso (art. 237 y sgtes).
- Dirigir la audiencia de control de la acusación (art. 266); y
- Dirigir la actuación de prueba anticipada (art. 280).

Como vemos, en los procesos de reforma procesal penal destaca la figura del juez de garantías como permanente contralor del respeto de los derechos fundamentales que la Constitución y los Tratados internacionales reconocen a las personas en especial en materia de interdicciones.

(109) DÍAZ CANTÓN, Fernando, análisis de la obra de Pedro J. Bertolino, El Juez de Garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. <www.eldial.com/suplementos/penal/edito/edito8.asp>.

En nuestro país el artículo VI del T.P. del Código Procesal Penal establece que "las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad"(110).

Para el efecto a que se contrae el artículo anterior, se crea la figura del juez de la investigación preparatoria, que es un magistrado de primera instancia, pertenece a la estructura orgánica del Poder Judicial (art. 16°.4) y su competencia está determinada por los artículos 29 y 323, que le asignan expresamente las siguientes facultades:

1. Conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la investigación preparatoria.
2. Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos (arts. 202 y 253 y sgtes); resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales (arts. 4 al 6); y pronunciarse sobre las medidas de protección para testigos, peritos, agraviados o colaboradores (art. 247).
3. Realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada (art. 242);
4. Conducir la etapa intermedia (art. 344) y la ejecución de las sentencias condenatorias firmes (art. 489); en el primer caso ejerce funciones de control y saneamiento procesal respecto a la acusación y al requerimiento de sobreseimiento;
5. Ejercer los actos de control que estipula el código, sobre todo el cumplimiento de los plazos de las diligencias preliminares (art. 334), de la investigación preparatoria (art. 342) y de la prisión preventiva (art. 274).
6. Ordenar, en caso de delito con resultado de muerte, si no se hubiera inscrito la defunción y siempre que se hubiera

(110) Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957: Legalidad de las medidas limitativas de derechos.

identificado el cadáver, la correspondiente inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Otras atribuciones están señaladas en diferentes artículos, así la obligación que tienen tanto el juez como otras autoridades, de hacer conocer al imputado los cargos formulados en su contra, las causas de la detención, el derecho a ser asistido por un abogado, el derecho a guardar silencio. El imputado puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria y su solicitud se resolverá inmediatamente en una audiencia con intervención de las partes (art. 71).

El juez de la investigación preparatoria podrá requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados (art. 188), participar en las diligencias de reconocimiento de personas (art. 189°.3), en las diligencias relacionadas con la búsqueda de pruebas a que se refiere el artículo 202 y siguientes. Casos en los cuales debe resolver con arreglo al principio de proporcionalidad, en la medida en que existan suficientes elementos de convicción y en una audiencia, con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales.

Como podemos observar, las atribuciones del juez de la investigación preparatoria son de suma importancia, porque permiten rodear al proceso penal de las garantías que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen para el imputado. Asimismo introducen la práctica de audiencias orales en el desarrollo del proceso, con lo que se materializa la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, debate contradictorio, igualdad de armas, asegurando la efectiva imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

Se ha logrado configurar una nueva estructura del proceso penal, adecuando las normas procesales a la normativa en materia constitucional y de Derechos Humanos; se ha diseñado un proceso penal en el que la investigación se lleve a cabo sin vulnerar los derechos fundamentales y en el que el juicio es la etapa estelar del proceso. El reto está planteado, ahora los fiscales deben demostrar que están capacitados para investigar con objetividad, y los jueces, que son capaces de garantizar la vigencia plena de los derechos fundamentales y de juzgar con imparcialidad, fortaleciendo así el Estado de Derecho y el sistema democrático.

Capítulo III

LA ETAPA INTERMEDIA

Capítulo III
La etapa intermedia

I. CONCEPTO

Es la segunda etapa del proceso penal común, está regulada por el CPP en los artículos 344 y siguientes, el citado artículo establece que dispuesta la conclusión de la investigación preparatoria el fiscal decidirá si formula acusación o si requiere el sobreseimiento de la causa.

Durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria que se han llevado a cabo se ha acumulado un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada (imputado-acusado) a un juicio. Sin embargo, los distintos sistemas procesales no pasan automáticamente de la instrucción o investigación al juicio. Existe entre ambos una fase intermedia que, como veremos seguidamente, cumple diversas funciones. Esta fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. El juicio es público y ello significa que el imputado deberá defenderse de la acusación en un proceso abierto, que puede ser conocido por cualquier ciudadano(111).

Esta etapa del proceso penal no ha estado delimitada con claridad en el CdPP; en el nuevo ordenamiento procesal se regula de manera orgánica y sistemática, y constituye la segunda etapa del proceso penal, dirigida por el juez de la investigación preparatoria y cumple

(111) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 223.

fines de control de la acusación y de saneamiento procesal, está orientada a cumplir las siguientes funciones:

1. Asegurar un adecuado ejercicio del derecho de defensa,
2. Fijar con precisión los términos de la imputación y la pertinencia de las pruebas que serán objeto del juicio oral; o en su defecto,
3. Conducir el proceso hacia una función selectiva que concluya en su archivo, evitándose juicios innecesarios.

La función selectiva de esta fase y la actuación dinámica del juez permitirán la descarga de un importante número de casos que se resolverán con economía procesal y contemplando la protección de los derechos fundamentales de los involucrados en el conflicto.

La existencia de una etapa intermedia tiene su fundamento en el hecho de que para abrir el juicio oral y público, que es en esencia la etapa de contradicción o debate, debe ser preparada en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios formales de la acusación del Ministerio Público y la del querellante, todo ello durante la audiencia preliminar(112).

"Los objetivos de la etapa intermedia se dirigen a evitar que lleguen al juzgamiento casos insignificantes, o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio oral exitoso para el persecutor del delito como es el Ministerio Público"(113). Se pretende evitar la realización de juicios orales originados por acusaciones con defectos formales o sustanciales, en suma se busca racionalizar la administración de justicia penal, evitando juicios orales y públicos inútiles por defectos de la acusación.

En la etapa intermedia se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento, el juez de la investigación preparatoria decidirá escuchando a las partes si existen fundamentos

(112) DUEÑAS CANCHES, Omar. "Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 90, Año 11, marzo de 2006, p. 223.
(113) SALINAS SICCHA, Ramiro. *La etapa intermedia y resoluciones judiciales, según el Código Procesal Penal de 2004*. Grijley, Lima, 2014, p. 67.

para aceptar la acusación propuesta por el fiscal o si debía dictarse el sobreseimiento de la causa.

El rol de la etapa intermedia en el proceso penal común es preparar en forma mesurada y responsable el juicio oral con el objetivo que este sea dinámico y exitoso. Solo deben pasar a juicio oral los casos más importantes, que tienen una acreditación fáctica suficiente, casos en los cuales es posible prever que se obtendrá una sentencia condenatoria.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350/352 NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA ETAPA INTERMEDIA

La etapa intermedia, como institución procesal autónoma de las demás etapas procesales de un proceso penal común, tiene ciertas características que le dan independencia propia. Estas características que la diferencian de otras etapas procesales son las siguientes[114]:

1. **Es jurisdiccional.** La dirección de la etapa intermedia corresponde exclusivamente al juez de la investigación preparatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo V.1 del Título Preliminar del CPP. La decisión judicial requiere de la previa celebración de una audiencia de control del sobreseimiento; o de una audiencia preliminar si el fiscal formuló acusación.
2. **Es funcional.** Pues en esta etapa del proceso penal común se resuelven toda clase de incidencias dirigidas a preparar un futuro juicio oral dinámico, que tenga éxito; o, en su caso, a decidir el sobreseimiento.

(114) Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *La etapa intermedia y resoluciones judiciales, según el Código Procesal Penal de 2004*. Grijley, Lima, 2014, pp. 78 y 79.

3. **Controla los resultados de la investigación preparatoria.** En esta etapa se decide si los hechos investigados merecen pasar a juicio oral, y para ello las partes procesales examinan en conjunto los resultados de la investigación preparatoria.

4. **Es de naturaleza dual: escrita y oral.** Todos los requerimientos y pretensiones de las partes se plantean por escrito. Luego, el juez convoca a la audiencia preliminar, en la cual los requerimientos o pretensiones se formulan oralmente. En la audiencia el fiscal y los abogados defensores oralizarán los argumentos centrales de sus pretensiones. En el Acuerdo Plenario N° 6-2009 se sostiene que "el procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350/352 del NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes" (115).

III. AUDIENCIAS QUE SE LLEVAN A CABO EN LA ETAPA INTERMEDIA

En esta etapa el juez de la investigación preparatoria lleva a cabo la **audiencia preliminar de control del sobreseimiento y la audiencia preliminar de control de la acusación**, en las cuales examinará las peticiones de las partes. "Entonces, en la etapa intermedia se tratarán todos aquellos hechos que no corresponden al núcleo mismo del juzgamiento; es decir, en esta etapa se verán:

- La resolución de las cuestiones previas.
- Los defectos formales.
- Las medidas de coerción.

(115) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS. ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116. Fundamento jurídico 12.

- Los criterios de oportunidad.
- El ofrecimiento de las pruebas que se actuarán en el juicio"[116].

IV. EL SOBRESEIMIENTO

1. Concepto y notas características

En la doctrina la figura del sobreseimiento surge debido a que la función esencial de la investigación preparatoria consiste en preparar el juicio oral, entonces puede suceder que no concurran los presupuestos de la pretensión penal. En tal caso, en la fase intermedia finalizará el proceso mediante un auto de sobreseimiento.

El sobreseimiento es una resolución jurisdiccional por la que se suspende el proceso penal, de una manera provisional o definitiva. El Sobreseimiento es la suspensión del procedimiento por insuficiencia o falta de pruebas contra un imputado o al no haberse comprobado el supuesto delito, lo cual determina la liberación del posible detenido y el levantamiento de todas las restricciones existentes contra los encausados.

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO define el sobreseimiento como la resolución judicial, en forma de auto, que produce la suspensión indefinida del procedimiento penal, o que pone fin al proceso, impidiendo en ambos casos, mientras subsista, la apertura del plenario o que en él se pronuncie sentencia"[117].

Según CLARIÁ OLMEDO, es "el pronunciamiento jurisdiccional que impide provisional o definitivamente la acusación o el plenario, en consideración a causas de naturaleza substancial, previstas en la ley, y que legalmente se manifiestan en forma de auto, aunque en muchos casos significa una verdadera sentencia, si se atiende a su contenido"[118].

En concepto de GIMENO SENDRA, "[s]e entiende por sobreseimiento la resolución firme emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento

(116) DUEÑAS CANCHES, Omar. "Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal". En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 90, marzo de 2006, año 11, p. 222.
(117) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Tomo VII, p. 462.
(118) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 463.

penal incoado con una decisión que, sin actuar en el *jus puniedi*, goza de la totalidad o la mayoría de los efectos de la cosa juzgada"[119]. En España su legitimidad constitucional ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en las SSTC Exps. N°s 45/1982, 108/1983, 40/1988, 85/1997 al establecer que:

a. El sobreseimiento, sea provisional o definitivo, cuando se ha ejercido contra él la totalidad de los recursos, es una resolución firme que pone fin al procedimiento penal.

b. Aun cuando es una resolución que pone fin al procedimiento y, en ocasiones de forma definitiva, reviste la forma de auto y no de sentencia. Esta forma no ha de impedir, sino al contrario, debido a que incide en el derecho a la tutela, ha de obligar a una minuciosa fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, en la que habrán de plasmarse los elementos de convicción, en base a los cuales el juez o tribunal infiere la conclusión en torno a la ausencia del o de los presupuestos que impiden la apertura del juicio oral.

c. El órgano competente para dictar el sobreseimiento depende del ordenamiento procesal de cada país; así, en España es la audiencia Provincial en el sumario ordinario y el juez de instrucción en el proceso abreviado. En el Perú, el juez de la investigación preparatoria.

Según la estructura del proceso, no siempre que se inicia un proceso penal como consecuencia de una denuncia, de una querella o de la *notitia criminis*, es posible concluirlo mediante sentencia. Se debe investigar a toda persona que ha sido denunciada en la sucesión de hechos que revisten el carácter de delito, pero no siempre es posible enjuiciarla. Para ello se tiene que dar una serie de circunstancias que son precisamente las que vienen determinadas en la ley procesal. En ese sentido, no cabe abrir el juicio oral, por tanto, no cabe juzgar al acusado cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa, cuando el hecho no sea constitutivo de delito o cuando

(119) GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, p. 318.

el procesado como autor, cómplice o encubridor aparezca exento de responsabilidad criminal.

Si no existen indicios racionales de que se ha producido el hecho criminal que se acusa, no tiene ningún sentido abrir el juicio oral, dicho en otras palabras, no tiene sentido juzgar al acusado de la comisión de un hecho criminal del que no tenemos racionalmente ningún indicio de que se haya producido. El supuesto contemplado en la Ley implica que los hechos acusados tienen apariencia de delito o son constitutivos de delito, pero no existe argumento alguno que, desde el punto de vista de la razón, nos lleve a mantener que se han producido en la realidad. Si no existen esos fundamentos razonables, si no ha sido posible hallarlos tras la investigación preparatoria. Si no existe posibilidad alguna de buscar la existencia de los mismos a través de distintas pruebas, es evidente que no tiene ningún sentido enjuiciar al acusado por la comisión de esos hechos, porque el resultado final se tiene por anticipado: la sentencia será absolutoria.

Si el hecho no es constitutivo de delito, es imposible justificar el enjuiciamiento de cualquier persona por ese hecho, porque los juicios penales no se desarrollan en el vacío y para obtener resoluciones teóricas, sino para aplicar el derecho de penar en los casos concretos. Por iguales razones, no cabe abrir el juicio oral cuando los acusados no son responsables de los hechos investigados que existen y tienen apariencia de delito.

El sobreseimiento es, en todo caso, una negación anticipada del derecho de penar del Estado o, dicho en otras palabras, una declaración judicial de que no es posible abrir el juicio oral porque de antemano sabemos que por unas causas o por otras no es posible la condena del acusado. Siendo así y mostrándose inútil la continuación del proceso, se niega anticipadamente el derecho de penar del Estado y se produce un efecto absolutamente similar a la absolución por sentencia, por eso el Tribunal Supremo español impone al auto de sobreseimiento, la misma estructura externa que la sentencia, sobre todo en lo que se refiere al relato de los hechos probados.

El sobreseimiento como institución procesal expresamente reconocida, es una institución nueva en nuestro ordenamiento procesal. Fue incorporado expresamente por primera vez por el artículo 252 del Código de 1991 que establecía que si al concluir la investigación el fiscal no encuentra

fundamento para acusar, sea porque no se ha probado el delito o porque solamente está acreditada la existencia de este, pero no la responsabilidad del imputado, el fiscal emitirá el dictamen no acusatoria y remitirá lo actuado al juzgado. El artículo 253 establece que "si el juez fuera del mismo parecer expedirá el auto de sobreseimiento que debía contener las exigencias previstas para la sentencia absolutoria esto es, la exposición del hecho imputado y la declaración de que el delito no se ha realizado o que las pruebas actuadas han demostrado la inocencia del acusado o que ellas no son suficientes para establecer su responsabilidad, ordenado la anulación de los antecedentes policiales y judiciales por los hechos materia del proceso (...)"[120].

2. Clases de sobreseimiento

Desde el punto de vista de la doctrina procesal se hace una **clasificación** atendiendo a los siguientes criterios: por la duración, el sobreseimiento puede ser provisional o definitivo. Por la extensión, en caso de pluralidad de procesados, parcial o total.

a. **El sobreseimiento provisional.**- Sucede cuando se carece de la base fáctica suficiente para acreditar la perpetración del delito o la participación en él de su presunto autor y ocasiona la mera suspensión del procedimiento, por lo que la instrucción puede reabrirse si nuevos actos de investigación practicados vienen a acreditar aquellos extremos. Luego procede en los siguientes casos:

   i. Cuando no resulte justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

   ii. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinadas personas como autores, cómplices o encubridores. Deja el juicio abierto hasta la aparición de nuevos datos o comprobantes, en tanto no opere la prescripción, como ocurre en la Ley de enjuiciamiento criminal de España, artículo 641.

b. **Sobreseimiento definitivo.**- Debe pronunciarse ante la falta absoluta de tipicidad del hecho o de responsabilidad penal de

(120) Decreto Legislativo Nº 638, del 25 de abril de 1991, que aprueba el Texto del Código Procesal Penal.

su presunto autor y es equiparable a una sentencia absolutoria anticipada, por cuanto goza de todos los efectos materiales de la cosa juzgada, razón por la cual debe estar minuciosamente motivado. Es el que un tribunal pronuncia cuando resulta evidente la inexistencia del delito o la culpa del acusado o sospechoso. Es irrevocable. Procede en los siguientes casos:

i. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de causa.

ii. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

iii. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad los procesados como autores, cómplices o encubridores.

c. **Sobreseimiento total.**- Es el que comprende al procesado único en una causa criminal o a todos los procesados como autores, cómplices o encubridores. Luego el sobreseimiento total es procedente cuando existiendo una pluralidad de imputados, ninguno de ellos tiene participación alguna en el hecho punible, por lo que su solución ha de ser la propia del litisconsorcio necesario y el archivo de la causa para todos ellos.

d. **Sobreseimiento parcial.**- El limitado a uno o más de los procesados, pero no a todos; o solo a alguno de los delitos imputados, pero no a todos.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 348 del CPP, el sobreseimiento puede ser total cuando comprende todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando solo se circunscribe a algún delito o algún imputado, de los varios que son materia de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. Si el sobreseimiento fuere parcial, continuará la causa respecto de los demás delitos.

El juez, frente a un requerimiento fiscal mixto, acusatorio y no acusatorio, primero se pronunciará acerca del requerimiento de sobreseimiento. Culminado el trámite, según lo dispuesto en los artículos anteriores, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal.

Ahora, en el pleno jurisdiccional distrital en materia penal del distrito judicial de La Libertad (del 23 de febrero de 2008) se trató sobre

la unidad de audiencia en requerimiento mixto[121], mediante la cual se concluyó que "[e]l requerimiento mixto de sobreseimiento y acusación debe ser debatido y resuelto en una sola audiencia preliminar siguiendo el orden anotado, finalizando con la expedición del auto de enjuiciamiento".

3. Cuándo procede emitir el auto de sobreseimiento

En el CPP de 2004 materia de comentario se ha regulado con iguales alcances el sobreseimiento, disponiendo en el artículo 344°.2 que procede cuando:

a. El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado.

b. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.

c. La acción penal se ha extinguido; y

d. No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

El artículo 345 dispone que el requerimiento de sobreseimiento está sujeto a control jurisdiccional que se desarrolla en una Audiencia que se lleva a cabo en la etapa intermedia.

JURISPRUDENCIA

SOBRESEIMIENTO DEFICIENTE MOTIVACIÓN POR NO INDICAR LA CAUSA NORMATIVA ESPECÍFICA DE SOBRESEIMIENTO[122]
Sala Penal Permanente
Casación N° 08-2007-Huaura
Sentencia de casación

(121) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 265. También véase en: Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal del distrito judicial de La Libertad, Tema N° 7, del 23 de febrero de 2008.

(122) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 280.

Las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. Las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. Analizados los fundamentos esgrimidos por el Superior colegiado, en la resolución recurrida, si bien es cierto no se advierte falta o aparente motivación, sin embargo se evidencia deficiente e incoherente motivación, situación que se reflejó en lo que a continuación se señala: a) En el punto segundo, se señalan los presupuestos materiales para dictar la procedencia del auto de sobreseimiento, remitiéndose al artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal y seguidamente señala que la defensa del imputado solicitó el sobreseimiento respectivo, sin indicar específicamente en cuál de los presupuestos indicados se sustenta su petición; pese a ello ampara su petitorio en virtud de lo establecido en el literal "a" del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y cuatro del citado cuerpo de leyes (fundamento quinto).

Lima, trece de febrero de dos mil ocho

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de falta y manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesto por el actor civil, Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay - Huaral, contra el auto de vista de fojas doscientos cincuenta, del cuaderno de apelación, del trece de junio de dos mil siete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos siete, del trece de abril de dos mil siete, declaró el sobreseimiento de la causa seguida contra Oscar Talavera Gallegos, por delito contra el patrimonio –usurpación– y daños agravado, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral; y ordenó el archivo definitivo de la causa. Interviniendo como Ponente el señor Zecenarro Mateus.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del trámite de la causa en primera instancia

Primero: el encausado Oscar Talavera Gallegos fue inculpado formalmente mediante auto de apertura de instrucción de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, del once de enero de dos mil cinco, a mérito de la denuncia formalizada

por el señor Fiscal Provincial de Huaral de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco, como presunto autor del delito contra el patrimonio –usurpación– perturbación en el uso de aguas y del delito de daños agravados, previstos en los artículos doscientos tres y doscientos seis del Código Penal, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego de Chancay-Huaral.

Segundo: Como fluye de la formalización de denuncia y el auto de apertura de instrucción, se atribuyó al encausado Oscar Talavera Gallegos, que en su condición de jefe del proyecto marca III de la empresa Sedapal, pese a tener conocimiento que la junta de usuarios del distrito de Riego Chancay-Huaral protege y explota legalmente las aguas provenientes de las lagunas del sistema Puajanca, el veintiuno de mayo de dos mil cuatro, al mando de un grupo numeroso de personas procedió a realizar trabajos con maquinaria pesada en el trasvase del Sistema o Circuito de Lagunas Puajanca, con el propósito de desviar el curso de las aguas hacia el proyecto marca III (Marcapomacocha); por el lado noreste de la Laguna Barrosococha, la misma que es la más próxima al canal colector de la referida represa, ocasionando cuantiosos daños en el trasvase e infraestructura hidráulica de las lagunas que conforman el referido sistema, haciendo discurrir mayor cantidad de agua hacia la laguna de Barrosococha, obstruyendo de este modo el cauce natural de las aguas excedentes de estas lagunas hacia el Valle de Chancay-Huaral con el consiguiente perjuicio al cultivo y la producción agrícola del aludido Valle.

Tercero: Que, el proceso se inició con arreglo a la normatividad del anterior Código de Procedimientos Penales. Sin embargo, por resolución de fojas catorce, del veinticuatro de noviembre de dos mil seis, se adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y el juez de la investigación preparatoria de Huaral dispuso formar el cuaderno de la etapa intermedia con las copias certificadas que menciona y se avocó al conocimiento del presente proceso.

Cuarto: Hallándose esta causa con la acusación fiscal que corre a fojas uno y que fue subsanado a fojas cuarenta y cinco, el juez de la causa resolvió formar el cuaderno de la etapa intermedia, disponiendo correr traslado a los sujetos procesales por el término de ley, a cuyo vencimiento el juez mediante resolución número ocho de fojas ciento veintiuno, resolvió citar a la audiencia preliminar para el control de la acusación para el catorce de marzo de dos mil siete, estadio en el que el procesado Talavera Gallegos a fojas ciento treinta y tres absolvió el traslado de acusación y solicitó , el sobreseimiento del proceso; habiéndose llevado a cabo previamente la audiencia preliminar de control de requerimiento fiscal cuya acta corre a fojas ciento setenta y cuatro; posteriormente el juez procedió

a dictar la resolución de fojas doscientos siete, del trece de abril de dos mil siete, disponiendo el sobreseimiento total del proceso seguido contra el imputado Oscar Talavera Gallegos, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra el patrimonio - usurpación en la modalidad se entiende de perturbación de uso de aguas y daño agravado, y ordenó el archivo definitivo; contra la cual el actor civil formuló recurso de apelación conforme es de verse de fojas doscientos veintiuno.

II. Del trámite del recurso en segunda instancia

Quinto: El Superior Tribunal por resolución de fojas doscientos treinta y ocho, del veintiocho de mayo de dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación, la que se concretó conforme al acta de fojas doscientos cuarenta y nueve, del trece de junio de dos mil siete, sin la presencia del Fiscal Superior y con la intervención del actor civil representado por Marcial Vega Lostaunau y su señor abogado, oportunidad en la que se dictó el auto de vista de fojas doscientos cincuenta que confirmó la resolución número diecinueve de fecha trece de abril de dos mil siete que declaró el sobreseimiento de la causa.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por el actor civil

Sexto: Notificado el auto de vista, la parte agraviada constituida por la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral, debidamente representada por su Presidente Marcial Vega Lostaunau interpuso recurso de casación, mediante escrito que corre a fojas doscientos ochenta y nueve, por dos causales: a) inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y constitucional, referidas a las reglas que garantizan el debido proceso, así como al irrestricto ejercicio del derecho de defensa que constituyen "principio y derecho de la función jurisdiccional"; y b) falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. Concedido el recurso por auto de fojas doscientos noventa y cinco, del diez de julio de dos mil siete, se dispuso su elevación a este Supremo Tribunal, para los fines correspondientes.

Sétimo: Cumplido el trámite de traslados a las partes respectivas, esta Suprema Sala mediante ejecutoria de fojas veintiuno, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, solo admitió a trámite el recurso de casación por la causal de falta y manifiesta ilogicidad de la motivación, previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, así como la declaró inadmisible por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal en lo concerniente al debido proceso y a la defensa procesal, por los fundamentos que se señalan en la aludida resolución.

Octavo: Instruido el expediente en secretaría, se señaló para la audiencia de casación el día de la fecha; instalada la misma y realizados los pasos que corresponden conforme al acto que corre a fojas cuarenta y cuatro del cuaderno de casación con la concurrencia del abogado defensor del imputado, José Antonio Caro Jhon, dejando constancia de la inconcurrencia del abogado de la parte agraviada, pese a estar debidamente notificado, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Noveno: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública, con las partes que asistan, se realiza por la Secretaría de la Sala el día de la fecha trece de febrero de dos mil ocho a las nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Conforme ha quedado establecido en la ejecutoria suprema de fojas veintiuno del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, esta Suprema Sala consideró como motivo de casación, la causal, contenida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, que específicamente es la falta y manifiesta ilogicidad de la motivación. Sobre el particular, la parte agraviada, en su recurso formalizado de fojas doscientos ochenta y nueve; señala lo siguiente: que de las instrumentales aportadas se advierte claramente el modo y circunstancias en que se perpetró el evento delictivo; que el Colegiado Superior, indebidamente consideró que el procesado actuó en calidad de funcionario de Sedapal, dando cumplimiento a la Resolución Administrativa número doscientos cincuenta y nueve; que consideró que no existió dolo en el accionar del encausado; y que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados.

Segundo: El auto de vista impugnado en vía de casación, que confirmó la resolución apelada, precisa lo que a continuación se señala:

- Que la resolución de primera instancia, no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino más bien por la parte agraviada que es la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay - Huaral; que asimismo en esta instancia, el fiscal superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente significa la conformidad con el sobreseimiento dictado por el juez.

- Que del contenido de la acusación de fojas uno y siguientes, aparece que el fiscal formula acusación contra personas no comprendidas en auto de apertura de instrucción, siendo obligado a rectificarse a instancias del señor abogado del inculpado; insistiendo respecto al imputado Oscar Talavera Gallegos; sin embargo, estuvo conforme con el sobreseimiento dictado por el juez, dado que no interpuso recurso impugnatorio alguno.
- Que en la denuncia presentada por los agraviados que corren de fojas uno a siete, no se indica la fecha en que habrían ocurrido los hechos; como tampoco en el requerimiento de acusación. Que mediante Resolución Administrativa número doscientos cincuenta y nueve guión dos mil tres guión INRENA.JRH/ATDRM de fecha dieciséis de octubre de dos mil tres, la que obra a fojas trescientos noventa, el Administrador Técnico del Distrito de Riego Mantaro otorgó autorización a la empresa Sedapal para que en el plazo de un año, ejecute las obras de rehabilitación de los diques de regulación en las lagunas de Cochahuamán, Barrosococha, Verdecocha, Minachacan y Pucacocha, integrantes de la cuenca del Río Mantaro, con fines de recuperar sus niveles anteriores para garantizar el abastecimiento de agua potable para Lima y Callao y preservar el ecosistema del lugar.
- Que la resolución administrativa antes referida, ante la interposición de un recurso de reconsideración por los agraviados fue dejada sin efecto por la misma autoridad; por lo cual se entiende que el imputado Talavera Gallegos ha actuado como funcionario de Sedapal, en el cargo de jefe de operación del sistema marca pomacocha, marca tres, dando cumplimiento a dicha resolución que después fue dejada sin efecto, por tanto se observa que no ha existido dolo en el accionar del imputado; por lo que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados.
- Que también resulta de aplicación la eximente de responsabilidad por haber obrado el procesado en ejercicio legítimo del cargo, siendo el hecho imputado atípico; encuadrándose por tanto en la previsión contenida en el inciso segundo, literal a) del numeral trescientos cuarenta y cuatro del Nuevo Código Procesal Penal.

Tercero: Que, al respecto esta Suprema Sala, al proceder a la calificación del recurso, ha señalado en su parte pertinente que, si bien la no valoración de determinada prueba o elemento de convicción, que podría ser esencial

para la definición de la controversia, en especial para decidir el sobreseimiento pese a la acusación fiscal, sin embargo propiamente no integra la garantía genérica del debido proceso, sino la específica de motivación contemplada en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, añadido a la falta de rigor y coherencia de la motivación; lo que es compatible con el motivo de ilogicidad invocada como segunda causal autónoma.

Cuarto: Que es preciso acotar que, positiva y doctrinariamente el recurso de casación, por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia, por tratarse de un medio impugnatorio de carácter extraordinario con motivos tasados que tiene caracteres que están determinados en la ley y han merecido una serie de disquisiciones en el campo de la doctrina; en ese contexto, constituye una de sus finalidades el control de logicidad en la motivación de las resoluciones judiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: en falta de motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de la resolución.

Que, en el caso submateria, el Colegiado Superior sostiene en la parte pertinente como argumento de su decisión, entre otros, que la resolución del *a quo* no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino por la parte agraviada; asimismo que en esta instancia el fiscal superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente significa la conformidad con el sobreseimiento dictado por el juez; también esgrime que en la denuncia de los agraviados no se indica fecha en la que habrían ocurrido los hechos; y finalmente, que la conducta incriminada no tiene relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación, en la modalidad de perturbación en el uso de aguas y daños agravados, por lo que resulta de aplicación la causal eximente de responsabilidad penal, por haber obrado el imputado en ejercicio legítimo del cargo conforme a lo previsto por el inciso octavo del artículo veinte del Código Penal.

Quinto: Que, respecto a la garantía de motivación, es necesario señalar que el numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita 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: norma que concuerda con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por el artículo único de la ley número veintiocho mil cuatrocientos noventa, en cuya observancia se debe proceder a la fundamentación de las resoluciones correspondientes.

Que en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. Analizados los fundamentos esgrimidos por el superior colegiado, en la resolución recurrida, si bien es cierto no se advierte falta o aparente motivación, sin embargo se evidencia deficiente e incoherente motivación, situación que se reflejó en lo que a continuación se señala:

a. En el punto segundo, se señalan los presupuestos materiales para dictar la procedencia del auto de sobreseimiento, remitiéndose al artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal y seguidamente señala que la defensa del imputado solicitó el sobreseimiento respectivo, sin indicar específicamente en cuál de los presupuestos indicados se sustenta su petición; pese a ello ampara su petitorio en virtud de lo establecido en el literal "a" del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y cuatro del citado cuerpo de leyes.

b. Asimismo, el colegiado superior sostiene como punto fundamental de la recurrida, que los hechos imputados al encausado Oscar Talavera Gallegos no tienen relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación y daños agravados, al haber actuado en su condición de funcionario de la Empresa Sedapal, en cumplimiento de una resolución administrativa, aludiendo a la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso octavo del numeral veinte del Código Penal. Que al respecto, la propia Sala no obstante reconocer en el punto seis de los fundamentos, que dicha resolución quedó sin efecto ante la interposición de una reconsideración por la parte agraviada, en forma no coherente concluye que el imputado actuó en cumplimiento de aquella resolución.

c. Que, sobre este particular es preciso puntualizar, que de autos se aprecia que la aludida resolución administrativa número doscientos cincuenta y nueve guión dos mil tres guión INRENA-IRH-ATDRM fue expedida por el Administrador Técnico del Distrito de Riego Mantaro con fecha dieciséis de octubre de dos mil tres, en la que autoriza a Sedapal a realizar obras de rehabilitación de diques de regulación en las lagunas comprendidas en el circuito de la cuenca del Río Mantaro; sin embargo dicha resolución administrativa fue dejada sin efecto por la misma autoridad en mérito a una reconsideración formulada por los agraviados, mediante Resolución número cero cero tres guión dos mil cuatro guión INRENA/ATDR de fecha dieciséis de enero de dos mil cuatro, por no existir un expediente técnico o proyecto que lo sustente;

habiéndose comunicado a Sedapal mediante el documento denominado notificación número doscientos sesenta y ocho guión dos mil tres-INRENA.IRH/ATDR, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, a fin de retirar los diques de tierra y restablecer el curso normal de las aguas; evidenciándose en consecuencia ilogicidad en la motivación de la recurrida, así como apreciarse falta de coherencia entre lo expuesto en la parte considerativa y lo decidido, dado que el propio colegiado reconoció que dicha resolución administrativa había quedado sin efecto como precedentemente se tiene expuesto; concluyendo sin embargo que se habría actuado en cumplimiento de una resolución, tanto más que al expedirse la Resolución Ministerial número ciento setenta y nueve guión AG de fecha diecinueve de febrero de dos mil cuatro, dejó subsistente la notificación antes aludida.

Sexto: Una de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto.

Sétimo: Que en consecuencia, de acuerdo a lo que se expone en forma precedente, se concluye que la Sala Superior inobservó la garantía constitucional contenida en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental; incurriendo en la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación; no apreciándose falta de motivación tal como se tiene señalado; por lo que dentro del marco de la ley debe procederse al reenvío del proceso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal de falta de motivación de la resolución impugnada.

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación de la resolución recurrida, por el motivo contenido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, interpuesto por la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral, contra el auto de vista de fojas doscientos cincuenta, del

cuaderno de apelación, su fecha trece de junio de dos mil siete que confirmando el apelado de primera instancia de fojas doscientos siete del trece de abril de dos mil siete, declara el sobreseimiento de la causa seguida contra Oscar Talavera Gallegos, por el delito contra el patrimonio - usurpación en la modalidad de perturbación de uso de aguas y daños agravados, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral; en consecuencia: **NULO** el auto de vista de fojas doscientos cincuenta del trece de junio de dos mil siete. **ORDENARON** el reenvío del proceso, a fin de que la Sala Penal Superior correspondiente renueve el auto de vista de fojas doscientos cincuenta de fecha trece de junio de dos mil siete, en la forma que prevé la ley.

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, inclusive a las no recurrentes.

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

VINCULACIÓN JUDICIAL DE LA DECISIÓN DEL FISCAL SUPERIOR DE RATIFICAR EL SOBRESEIMIENTO CONSULTADO[123]

Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo

Expediente Nº 4286-2007

Resulta ajeno a la función del juez *a quo* el apartamiento de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por el fiscal superior en la Disposición de fecha primero de septiembre del dos mil ocho que ratificó el requerimiento de sobreseimiento del fiscal provincial, la misma que tiene carácter vinculante, por lo que, en aplicación del principio acusatorio que exige la presencia de un acusador que sostiene la acusación (nemo iudex sine acusatore), corresponde ipso jure dictar el respectivo auto de sobreseimiento, como lo dispone el artículo 346.3 del Código Procesal Penal.

(123) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Reforma, Lima, p. 293.

4. Audiencia preliminar de control del requerimiento del sobreseimiento

Formulado el requerimiento de sobreseimiento, el fiscal lo enviará al juez de la investigación preparatoria, acompañando el expediente fiscal; este correrá traslado del pedido a los demás sujetos procesales, por el **plazo de diez días, quienes podrán formular oposición a la solicitud de archivo** dentro del plazo establecido. La oposición, bajo sanción de inadmisiblidad, será fundamentada y podrán solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que consideren procedentes.

Vencido el plazo del traslado, el juez citará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales para una **audiencia preliminar** para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. El artículo 345 modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 establece que: **"La audiencia es de carácter inaplazable y rige lo dispuesto por el artículo 85**, esto es que, si el abogado defensor no asiste será reemplazo por otro que en ese acto designe el procesado o por uno de oficio. La audiencia se instalará con los asistentes, a quienes escuchará por su orden para debatir los fundamentos del requerimiento fiscal; luego de lo cual se emitirá la resolución que corresponda en el plazo de tres (3) días.

Además, al citado artículo se le ha incorporado el apartado 4, estableciendo plazos en el desarrollo de la etapa intermedia, de la siguiente manera: "Entre el requerimiento de sobreseimiento y la audiencia que resuelve lo pertinente no puede transcurrir más de treinta (30) días. En casos complejos y de criminalidad organizada no podrá exceder de sesenta (60) días bajo responsabilidad".

5. Pronunciamiento del juez de la investigación preparatoria

Respecto al requerimiento de sobreseimiento, el juez luego de realizar la audiencia preliminar de control el juez de la investigación Preparatoria podría adoptar alguna de las siguientes decisiones:

5.1. Emitir el auto de sobreseimiento

Si el juez de la investigación preparatoria considera fundado el requerimiento fiscal, en el plazo establecido en el artículo 346 dictará auto de sobreseimiento.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 347, el auto que dispone el sobreseimiento de la causa deberá expresar:

a. Los datos personales del imputado;
b. La exposición del hecho objeto de la investigación preparatoria;
c. Los fundamentos de hecho y de derecho; y,
d. La parte resolutiva, con la indicación expresa de los efectos del sobreseimiento que correspondan.

En virtud de esta disposición, el fiscal tendrá que preocuparse por sustentar debidamente su requerimiento de sobreseimiento, máxime cuando tendrá que hacerlo oralmente en presencia de las partes, acto en el cual el abogado del actor civil tendrá derecho a rebatir los argumentos del fiscal.

5.1.1. Efectos del auto de sobreseimiento

De acuerdo a nuestro ordenamiento, el sobreseimiento tiene carácter definitivo. Importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado, así lo dispone el artículo 347 inciso 2.

5.1.2. Recursos

Los autos de sobreseimiento dictados por el juez de la investigación preparatoria en el proceso penal común son impugnables a través del recurso de apelación, pero la impugnación no impide la inmediata libertad del imputado a quien favorece, artículo 347 inciso 3.

5.2. Disponer la elevación de los actuados al fiscal superior

Si el juez de la investigación preparatoria considera que **el requerimiento de sobreseimiento no es procedente**, expedirá un auto debidamente fundamentado expresando las razones en que funda su desacuerdo y dispondrá que se eleven las actuaciones al **fiscal superior** para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial.

5.2.1. Pronunciamiento del Fiscal Superior

El fiscal superior luego del análisis de los actuados que realizará en el plazo de diez días, puede ratificar el requerimiento de sobreseimiento formulado y en este caso el juez de la investigación preparatoria, inmediatamente y sin trámite alguno, **dictará auto de sobreseimiento.**

Si el fiscal superior no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal provincial, ordenará que otro fiscal formule acusación. Con esta disposición contenida en el artículo 346 se evita estar obligando a un fiscal que se ha pronunciado por el sobreseimiento, a tener que estar formulando acusación, actuando contra su criterio ya formado. Con la decisión del fiscal superior **culmina el trámite.**

5.2.2. Impugnación del auto de sobreseimiento

El Código dispone que si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria dictará el auto de sobreseimiento y de manera general se establece que contra esta resolución procede el recurso de apelación. La forma como está redactada la norma abre la posibilidad de interponer recurso de apelación contra un auto de sobreseimiento precedido de dos pronunciamientos no acusatorios coincidentes del Ministerio Público.

Consideramos que si el fiscal superior ratifica la **decisión no acusatoria** del fiscal provincial, el juez de la investigación preparatoria ineludiblemente debe dictar el auto de sobreseimiento previsto en el artículo 346°.3 y en este supuesto la **resolución debería ser ininpugnable.** Sobre este tema existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2005-2006, Caso Umber Sandoval[124], además por política procesal no toda resolución

(124) Tribunal Constitucional Expediente N° 2005-2006-PHC/TC, Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval, fundamentos 4 y 5. En caso el fiscal decida no acusar y opine que no hay mérito para pasar a juicio oral, la Sala Penal podrá, alternativamente, a)Disponer el archivamiento del expediente; b) Ordenar la ampliación de la instrucción; c) Elevar directamente la instrucción al Fiscal Supremo. Señala, además, que con el pronunciamiento del Fiscal Supremo queda terminada la incidencia. En el presente caso fue de aplicación el tercer inciso del citado artículo. Es decir, que el Juzgado, al no estar de acuerdo con el dictamen fiscal en el sentido de que no había mérito para formular acusación contra los inculpados, optó por elevar en consulta los actuados al Fiscal Superior, quien mediante dictamen de fecha 17 de octubre de 2003 aprobó el dictamen elevado en consulta. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: "a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe

es pasible de impugnación y esto no implica recorte o vulneración del derecho de impugnar.

5.3. Disponer la realización de una investigación suplementaria

En el supuesto previsto en el artículo 346°.5 para el caso que se haya formulado oposición a la solicitud de archivo y el juez lo considere admisible y fundado, dispondrá la realización de una **investigación suplementaria** indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar; cumplido el trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación".

Esta disposición, en opinión de algunos tratadistas, puede afectar la imparcialidad judicial, sostienen quienes propugnan esta posición que un juez que ordena la realización de diligencias asume una función persecutoria y esto contradice al modelo que el Código Procesal Penal postula, agregando que la disposición antes citada constituye un rezago inquisitivo. Ante lo cual sostenemos que tal critica carece de fundamento, pues el JIP solo podrá disponer una investigación suplementaria en el caso de que el actor civil haya formulado oposición a la solicitud de archivo y sus argumentos sean convincentes respecto a que la investigación preparatoria no está agotada y en consecuencia se justifica una investigación suplementaria. Por lo tanto, no es decisión unilateral del JIP, sino una decisión que la adopta en función a los argumentos expuestos por el actor civil en su recurso de oposición y al rebatir los argumentos del fiscal.

V. REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN

1. Concepto

La acusación fiscal puede definirse, siguiendo a Juan Luis GÓMEZ COLOMER, como el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido.

---

ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad" [GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*. Palestra, Lima, 1999].

RUBIANES sostiene que "(...) es el acto procesal por el cual una parte acusadora, sea pública o particular, analizando los elementos de convicción acumulados en el sumario o computando la futura prueba a ofrecer en el plenario, requiere del juez la continuación del proceso, para que en la sentencia definitiva condene a la persona a una pena determinada, por considerar que ha cometido un delito de acción pública"(125).

Además, añade con respecto a la corrección formal y material de la acusación que "[l]a acusación como acto procesal debe satisfacer cuantitativa y formalmente los requisitos previstos en la norma jurídico procesal penal y para ello es indispensable sustituir el rutinario y mediocre estilo que muchos aún siguen practicando por un método de argumentación rigurosa(126)".

Según el maestro Florencio MIXÁN MASS(127), esto significa que la acusación refleje:

a. Que el acusador conoce exhaustivamente los medios probatorios que contiene el proceso y los ha valorado técnico-jurídicamente.

b. Que se ha razonado eficientemente sin incurrir en sofisma ni en paralogismos y que se han aplicado las categorías de la lógica bivalente y trivalente necesarias.

c. Que se han empleado con rigor las categorías jurídicas y la terminología jurídica.

d. Una argumentación coherente.

e. Que no contenga omisiones.

f. Que los hechos han sido identificados, que resulta evidente su subsunción en la hipótesis del tipo penal que se tuvo como referencia; es decir, que se constate que se ha efectuado una tipificación correcta al expedir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

(125) RUBIANES, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 240.
(126) Ídem.
(127) Cfr. MIXÁN MASS, Florencio. "Los sujetos procesales en el procedimiento penal". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima-Perú pp. 325-326.

g. En el caso de pluralidad de procesados y/o de delitos, se destaquen con nitidez las diferencias específicas necesarias para correctas individualizaciones.

h. Que se haya aplicado la teoría de los actos procesales para el análisis de la actividad probatoria desarrollada en el proceso.

i. Que su conclusión sea fruto de una inferencia consistente y la concreción del principio de la razón suficiente.

j. El dictamen acusatorio emitido por el fiscal tiene que ser sustentado y debatido en una audiencia preliminar, solo después de haber pasado el control de mérito tendrá efecto vinculante y deberá dictarse el auto de enjuiciamiento, para que se desarrolle el juicio oral.

Al concluir la investigación preparatoria, el fiscal debe decidir si formula acusación siempre que exista base suficiente para ello, o si hace un requerimiento de sobreseimiento. La acusación es un pedido fundamentado que formula el representante del Ministerio Público para que se inicie el juzgamiento contra una persona por un hecho delictuoso determinado, al considerar que es su autor o que ha tenido algún grado de participación, motivo por el cual solicita la imposición de la pena prevista en la ley para el caso concreto.

La necesidad de que el fiscal formule acusación es un requisito indispensable para la apertura del juicio oral y radica en el principio acusatorio: **sin acusación no hay juicio.** En el proceso penal contemporáneo, para la apertura del juicio oral es necesario que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional. Desde esa perspectiva, la Corte Suprema determinó que la Sala Superior no puede declarar la procedencia del juicio oral sin acusación fiscal.

2. Requisitos de la acusación fiscal

La acusación debe cumplir determinados requisitos señalados expresamente en el artículo 349 del CPP que ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1307, que establece que: **"la acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá":**

a. Los datos que sirvan para identificar al imputado, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 88;

b. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;

c. Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;

d. La participación que se atribuya al imputado;

e. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;

f. El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias;

g. El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,

h. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

Por otro lado, la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica. Asimismo, se establece que en la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado. Además, el fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la investigación preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

3. Notas esenciales de la acusación fiscal

Según Pedro ANGULO[128], las notas esenciales de la Acusación Fiscal son las siguientes:

a. Es un acto de postulación que asiste al Ministerio Público.

b. Su contenido esencial consiste en la deducción de la pretensión penal como objetivo principal y de la pretensión civil como objetivo accesorio, pero necesario al sustentarse en la producción de un daño como consecuencia de la comisión de un delito.

c. La formulación de la acusación integra el objeto procesal penal. Esta noción consiste en una petición de pena basada en un título de condena y fundamentada en la presunta comisión de un delito por una persona que tiene la calidad de inculpada.

d. El escrito de acusación fiscal importa una calificación provisional.

e. La acusación fiscal tiene como función determinar el tema de la prueba, sobre los hechos afirmados en la acusación versará la actividad probatoria en el juicio oral.

En criterio del citado autor, con el que coincidimos plenamente, la acusación que formula el fiscal tiene que estar fundamentada, es decir, tiene que exponer los fundamentos de hecho y derecho en que se apoya, exigencia que es mayor porque tiene carácter vinculante y determina el paso al juicio oral, luego de pasar el control de mérito. La acusación tiene tres presupuestos esenciales:

a. Necesidad de que el fiscal considere probado el delito y la responsabilidad del imputado: en buena cuenta, que existan fundamentos razonables que justifiquen un juicio oral y que en esa fase principal pueda esclarecerse definitivamente los cargos que plantea. Se refiere a la descripción de los hechos punibles y sus circunstancias, la descripción de los daños y perjuicios causados por el delito, la cosa que debe ser restituida.

(128) Cfr. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. *El Ministerio Público, Orígenes, Principios, Misiones, Funciones y Facultades.* Tarea Asociación Gráfica Educativa, Lima, 2001, p. 307.

b. Exposición razonada o fundamentada de las conclusiones que expone: especial referencia a los actos de investigación y evidencias obtenidas a lo largo de la investigación con el detalle de los motivos del convencimiento fiscal. Es la calificación jurídica. Tiene como principal función cuidar que los hechos del sumario tengan la respectiva tipificación y fijar provisionalmente el título de condena: precisión del tipo penal, del nivel de intervención en el hecho y las circunstancias atenuantes o agravantes.

c. Exigencia de que el acto procesal sea escrito: la calificación de los hechos investigados debe ser por escrito, la escritura otorga seguridad a la vez que permite el conocimiento de su contenido por la defensa y el propio órgano jurisdiccional; sin embargo, el fiscal debe sustentarla oralmente en la audiencia preliminar durante la etapa intermedia.

La acusación fiscal debe sustentarse en suficientes elementos de juicio. Por tanto, si los cargos solo se fundamentan en sospechas, en los antecedentes o en el informe policial, no cabe formular acusación, pues esta no superará el control de mérito que se hace en la etapa intermedia.

La motivación de las resoluciones judiciales se hizo un deber de los jueces desde la Revolución Francesa, poniéndose fin a la arbitrariedad que caracterizó el ejercicio jurisdiccional en el antiguo régimen. En todas las legislaciones actuales se ha establecido el derecho de los ciudadanos a que las resoluciones que los afecten sean debidamente motivadas, entendiendo que tal derecho es una garantía para la administración de justicia. El fiscal, igual que el juez, está obligado a motivar las disposiciones que emite y los requerimientos que formula. La ausencia de fundamentación en sus pronunciamientos implicará que incurre en responsabilidad.

La motivación previene la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades y atribuciones que la ley otorga a los fiscales. Utilizar arbitrariamente el poder conferido significaría abuso, falta de respeto, en suma, avasallamiento de los derechos fundamentales de la persona, lo que puede configurar delitos funcionales: abuso de autoridad, prevaricato, encubrimiento, corrupción, o irregularidades procesales.

La motivación de las disposiciones y requerimientos de los fiscales es un imperativo legal, impuesto por el artículo 122 inciso 5 del CPP y sirve para legitimar sus decisiones ofreciendo la posibilidad al justiciable de analizar y criticar sus razonamientos. De lo que se trata es de efectuar un razonamiento equilibrado, cuidadoso, paciente, lógico, desapasionado y equitativo, absolutamente convincente. Los fiscales al ejercer sus funciones y atribuciones, no deben crear ni escépticos ni rebeldes, no deben sembrar discordia y amargura innecesaria en la sociedad. Una resolución sin motivación (sin razón o razones) sería arbitraria e incompatible con el orden democrático.

Las razones por las cuales resulta exigible y legítimo exigir la fundamentación son las siguientes:

a. **Erradicación de la arbitrariedad.-** El deber de motivar se convierte en el límite a la arbitrariedad, que es sustento de la seguridad jurídica y uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho.

b. **Garantiza la aplicación del Derecho.-** La motivación somete los pronunciamientos a su conformación legal, deben citarse las normas pertinentes y aplicarse de conformidad a los procedimientos.

c. **Facilita el control.-** La motivación equivale a la construcción de un método de control del ejercicio del poder fiscal.

d. **Justificación y comprensión de la actuación fiscal.-** Esta actividad puede limitar o afectar derechos fundamentales de la persona. Por tanto, debe tratar de justificar y convencer que su intervención representa al interés general.

e. **Lograr mayor perfección técnica.-** En cada operación intelectiva posterior se debería mejorar los niveles de análisis, interpretación y adecuación de lo resuelto a los fines del Ministerio Público. En los pronunciamientos deben existir análisis y razonamiento lógico jurídico adecuado al caso concreto.

La importancia de la acusación estriba en que delimita el objeto del proceso y de los debates del juicio oral en torno a la responsabilidad del acusado y al delito o delitos de los que se le acusa. Limita

también la sentencia que expedirá la sala, en tanto esta tendrá que enmarcase en la acusación.

Tal como enseña Julio MAIER, el defecto de la acusación conduce a la ineficacia del acto al lesionar el derecho de defensa, solo una acusación correcta es el presupuesto válido de un juicio y una sentencia válidos[129].

4. Audiencia preliminar de control de la acusación

La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional.

En la etapa intermedia, el juez ejerce un control sobre la falta de mérito de la acusación, siempre que se advierta que las pruebas ofrecidas por el fiscal en su acusación no serán capaces de acreditar su pretensión punitiva en juicio. Para dicho fin, una vez recibida la acusación será notificada a los demás sujetos procesales, esta comunicación es una de las reglas del principio acusatorio, los sujetos procesales en el plazo de diez días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 350, podrán:

a. Observar la acusación del fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;
b. Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
c. Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente;
d. Pedir el sobreseimiento;
e. Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;

(129) Cfr. MAIER, Julio. Ob. cit., pp. 322-323.

f. Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de **testigos y peritos** que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos;

g. Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o,

h. Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 351, presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo, el juez de la investigación preparatoria señalará día y hora para la realización de la **audiencia preliminar** que debe llevarse a cabo en los plazos establecidos. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del fiscal y el defensor del acusado, en esta audiencia no podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.

Instalada la audiencia, el juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el juez, en ese mismo acto, correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata. Como vemos, una vez instalada la audiencia, se debatirá sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

La audiencia de control de la acusación es un acto procesal que consistirá en permitir al acusado que la observe, oponga medios de defensa técnica, solicite la expedición de sentencia absolutoria anticipada o de lo contrario permitir la aceptación de los cargos, de modo

que el proceso concluya a través de mecanismos de simplificación, sustentados en criterios de oportunidad.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 352, finalizada la audiencia, el juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.

5. Decisiones que se pueden adoptar en la audiencia preliminar

a. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el fiscal, en caso contrario resolverá el juez mediante resolución inapelable.

b. De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

c. Podrá dictarse el sobreseimiento de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el CPP, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. La resolución desestimatoria no es impugnable.

   La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

   i. Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso;

ii. Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso, se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.

d. La resolución sobre las convenciones probatorias no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

La decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, esta se realizará en acto aparte conforme a lo dispuesto en el artículo 245, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Podrá dirigirla un juez si se trata de juzgado penal colegiado.

El juez de la investigación preparatoria ejerce control sobre el mérito de la acusación y debe advertir si las pruebas ofrecidas por el fiscal serán capaces o no de acreditar su pretensión punitiva en juicio, solo si esto ocurre se admitirá la acusación y luego el juez penal dictará **el auto de enjuiciamiento**, resolución que no es recurrible, con lo que concluye la etapa intermedia del proceso penal.

Un problema que se viene presentando en el marco de realización de la audiencia preliminar de control de la acusación es si se puede plantear la Terminación Anticipada del Proceso. El artículo 468°.1 del NCPP establece que "A iniciativa del fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte".

Esta disposición limita la posibilidad de solicitar la terminación anticipada del proceso en la audiencia preliminar de control de la acusación y ello no es compatible con la lógica de reducción de la carga

procesal, se debe fortalecer la cultura del consenso y no limitarla solo a los momentos iniciales del procedimiento; si las partes desean negociar antes del juicio, no se puede negar esta posibilidad sosteniendo que la oportunidad ya precluyó, máxime cuando el artículo 350 apartado 1 parágrafo e) establece que las **partes pueden instar la aplicación de un criterio de oportunidad.** Una modificación de este artículo introduciría una valiosa herramienta para culminar los casos antes del juicio con considerables beneficios para las partes procesales y el sistema judicial.

JURISPRUDENCIA

ADMISIÓN DE TESTIGOS DE DESCARGO EN LA AUDIENCIA DE ACUSACIÓN[130]

Pleno jurisdiccional distrital en material penal del distrito judicial de La Libertad

Tema 10

Trujillo, veintitrés de febrero de dos mil ocho.

El acusado puede ofrecer testigos en su escrito de traslado de la acusación en la etapa intermedia sin que previamente estos hayan declarado en la investigación preparatoria.

ADMISIÓN DE LA PERICIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR[131]

Pleno jurisdiccional distrital en material penal del distrito judicial de La Libertad

Tema 10

Trujillo, veintitrés de febrero de dos mil ocho

Para el control de admisibilidad de la pericia como medio de prueba en la audiencia preliminar de control de acusación por el Juez de Investigación Preparatoria, debe ser propuesto el documento que contiene el informe pericial y también el examen del perito.

(130) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Reforma, Lima, p. 267.
(131) Ibídem, p. 269.

CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL
V Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias
Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y la petición de una concreta sanción penal.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de la Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

(...)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales

6. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (arts. 159°.5 de la Constitución, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219 ACPP y 1, 60

y 344.1 NCPP)–. Mediante la acusación la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, art. 344°.1 del NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho Penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (art. 92 del Código Penal, –en adelante, CP–), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria– y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7. Los artículos 225 del ACPP, 349 del NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien

ha de haber ser sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente–. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho Penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

   Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente–, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra– determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción

o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 del NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está– con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial– entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

§ 2. El control de la acusación en el ACPP

9. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, solo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

   El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229 del ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa– a las demás partes.

10. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225 ACPP. El fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, i) que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, ii) que el

fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado–, vago, oscuro o desordenado, o iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292 del ACPP– las actuaciones al fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere– las observaciones resaltadas judicialmente.

11. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio. Se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional –la jurisdicción y competencia penales– y a la causa –excepciones procesales–. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

§ 3. El control de la acusación en el NCPP

12. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional–.

    El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350 / 352 del NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a todas las partes procesales, nunca antes.

13. El artículo 350°.1 del NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el juez de la investigación preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en la garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva–, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350 del NCPP. Este comprende los supuestos descritos en el párrafo 9 en relación con el artículo 349 del NCPP. Los defectos denunciados, en caso de que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de "(...) un nuevo análisis del Ministerio Público".

14. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2 del NCPP, y de la deducción de excepciones– solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 del NCPP.

    Este control, por imperio del artículo 352°.4 del NCPP, puede ser realizado de oficio. Al juez de la investigación preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 del NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 del NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar–, lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar solo cuando el defecto detectado

requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (art. 344°.1 del NCPP).

III. DECISIÓN

17. **ESTABLECER** como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 15.

18. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

19. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS. GONZALES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO, LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, RODRÍGUEZ TINEO, VALDEZ ROCA, BARRIENTOS PEÑA, BIAGGI GOMEZ, MOLINA ORDOÑEZ, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO, BARANDIARÁN DEMPWOLF, NEYRA FLORES, CALDERÓN CASTILLO, ZEVALLOS SOTO

6. El auto de enjuiciamiento

El auto de enjuiciamiento cumple una función limitadora de los debates del juicio oral y de la sentencia, al permitir el paso a la etapa del juzgamiento dentro de los límites de la acusación; esta resolución bajo sanción de nulidad deberá indicar:

a. El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados;

b. El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias;

c. Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias;

d. La indicación de las partes constituidas en la causa;

e) La orden de remisión de los actuados al juez encargado del juicio oral.

El juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado. El auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos, así lo dispone el artículo 354 modificado por el Decreto Legislativo N° 1307[132].

Nótese que desde el inicio de la investigación preparatoria hasta su finalización, incluyendo el auto de enjuiciamiento, solo intervienen magistrados de primera instancia; solo luego de cumplir con el acto procesal antes citado, el caso pasa al Juez penal de juzgamiento competente, que deberá dirigir dicha etapa procesal, que también es un magistrado de primer instancia, pero que no ha tenido ninguna intervención en la investigación preparatoria ni en la etapa intermedia; con lo cual se garantiza realmente su imparcialidad. Recibidas las actuaciones por el juzgado penal, este dictará el **auto de citación a juicio** con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral, salvo que todos los acusados

(132) Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506. El artículo 354 establece: "[E]l auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales, se tendrá como válido el último domicilio señalado por las partes en la audiencia preliminar, empleándose para ello el medio más célere".

fueran ausentes. La fecha será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez días.

Será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto, esta disposición tiene sentido, pues en el proceso con rasgos adversariales el impulso de la actividad probatoria corresponde a las partes.

Capítulo IV

LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

Capítulo IV
La etapa de juzgamiento

I. CONCEPTO

En el modelo acusatorio el juicio o juzgamiento es la etapa principal del proceso, se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, en esta etapa rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, e identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, por eso el juicio puede llevarse a cabo con celeridad.

Para el desarrollo de la tercera etapa del proceso está previsto que el juez penal de juzgamiento o juez de conocimiento pueda ser **Unipersonal** (un juez) para los delitos menos graves, muchos de los cuales eran de trámite sumario, o **colegiado** integrado por tres jueces, para los delitos que eran de trámite ordinario (ver art. 28); pero siempre son jueces de primera instancia.

El juzgamiento es la etapa plena y principal del proceso penal, por ser allí donde se "resuelve" o "redefine" de un modo definitivo el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal.

Al juez penal o juez de conocimiento le corresponde la **dirección del juicio y el poder disciplinario**, el artículo 363 dispone que el juez

penal o el juez presidente del juzgado colegiado dirigirá el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo; le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes y el mantenimiento del orden y el respeto en la Sala de Audiencia, tiene la facultad de ordenar la detención hasta por veinticuatro horas en casos de amenazas o agresiones a los jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, o cuando se impida la continuidad del juzgamiento. Puede ordenar la expulsión del defensor de las partes o del acusado. El primero será reemplazado por el que designe la parte dentro de veinticuatro horas o, en su defecto, por el de oficio. Con relación al acusado se dictará la decisión apropiada que garantice su derecho de defensa; y cuando conceda al acusado el derecho de exponer lo que estime conveniente a su defensa, limitará su exposición al tiempo que se le ha fijado; si no cumple con las limitaciones precedentes se le podrá llamar la atención y requerirlo. En caso de incumplimiento podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la sala de audiencia. El poder discrecional permite al juez resolver cuestiones no regladas que surjan en el juicio, cuya resolución es necesaria para su efectiva y debida continuación.

El juzgado cuenta con los servicios de un **auxiliar jurisdiccional** que tiene, entre otras funciones: realizar las notificaciones ordenadas, cuidar que se encuentran en lugar adecuado los objetos o documentos cuya presentación en audiencia ha sido ordenada; realizar las coordinaciones para la asistencia puntual del fiscal, de las partes y sus abogados, así como para la comparecencia de los testigos, peritos, intérpretes y otros intervinientes citados por el juzgado. Le corresponde además dar fe pública judicial, controlar la documentación y registros del Juzgado y la responsabilidad de la confección y custodia de las actas del juicio y demás registros, incluso de los medios técnicos de reproducción y archivo.

Una característica importante del proceso penal común es que en su desarrollo intervienen magistrados de primera instancia, los fiscales en la investigación preparatoria y los jueces en el control jurisdiccional y en el juzgamiento. En consecuencia, los jueces superiores, que integran la Sala Superior Penal, no intervienen en la etapa de juzgamiento como lo hacían en el antiguo sistema. Ellos intervienen en la etapa impugnatoria para conocer el recurso de apelación que se interpone

contra las resoluciones que emiten los jueces de la investigación preparatoria o contra las sentencias que dictan los jueces de juzgamiento.

El juicio oral es mucho más estricto y más preciso en las reglas de producción de la prueba que un sistema escrito, pero requiere mayor preparación.

1. Preparación del juicio oral

Según Alberto BINDER[133], la primera fase de todo juicio oral es la **preparación del juicio.** En el juicio oral deben coincidir tanto en el tiempo como en el espacio una serie de personas y de cosas que son las que le darán contenido y vida a ese juicio, por ejemplo: es imprescindible que todos los sujetos procesales y el juez estén presentes en el mismo momento, dado que por principio de inmediación no pueden delegar sus funciones; jueces, fiscales, defensores, testigos, peritos, documentos, cosas, etc., deberán coincidir temporal y espacialmente en la Sala de Audiencias. Asimismo, la prueba que valdrá solo será aquella que se produzca en el juicio y que se incorpora a él según los mecanismos previstos.

La **primera actividad de preparación del juicio** consiste en la integración del tribunal, es decir, en la determinación concreta y anticipada de los jueces que resolverán el caso. Desde el punto de vista de los sujetos procesales, la integración del tribunal implica la posibilidad de plantear recusaciones, es decir, incidentes de separación de todos o algunos de los jueces del caso, fundados en el "temor de parcialidad".

La **segunda actividad de preparación del juicio** es el ofrecimiento de prueba. Es decir, el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán para corroborar sus hipótesis: ofrecer prueba significa señalar los elementos o medios que se utilizarán en el debate.

La **tercera actividad de preparación del juicio** tiene relación con la posibilidad de unir, separar o dividir el juicio, según las modalidades del caso. Existe otra forma de dividir el debate, que es conocida como cesura del juicio penal, es un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes: una dedicada al análisis de la existencia

(133) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* 2ª edición. Ad hoc, Buenos Aires,1999, p. 256 y ss.

del hecho y el discernimiento de la culpabilidad, y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena.

Por último, el tribunal tiene que establecer la fecha del debate, de la celebración de la audiencia principal. Antes de la fecha de audiencia debe existir un periodo de vacancia obligatoria, ya que todos los sujetos deben prepararse para el debate y luego deben saber qué día, a qué hora y en qué lugar deberán presentarse para realizar el juicio. Ese día comienza el debate principal, momento principal del proceso penal que culminará con la sentencia.

II. ROL Y FACULTADES DEL JUEZ EN EL JUICIO ORAL O JUZGAMIENTO

No olvidemos que la reforma implica un cambio del sistema mixto –inquisitivo y acusatorio– hacia un sistema realmente acusatorio: un sistema de partes iguales que inicia su contienda por virtud de la acusación propuesta por la fiscalía, a quien le corresponde la carga de la prueba, sistema que concilia al juez imparcial, rígidamente separado de las partes y del juicio, garante de un debate contradictorio, oral y público, y celoso de los principios de inmediación y de legalidad de la prueba.

Como se ha expresado anteriormente, la razón de los cambios en la determinación de la competencia objetiva y funcional de los órganos jurisdiccionales radica en la necesidad de asignarle al juez a cargo del juicio una actuación imparcial. La idea se basa en que los juicios tienen que ser debidamente preparados y que solo se puede llegar a ellos luego de una conveniente actividad responsable.

El artículo 28 del CPP establece que los Juzgados penales estarán encargados exclusivamente de dirigir la etapa de juzgamiento, estos juzgados son de dos clases:

1. Los juzgados penales colegiados

Que están integrados por tres jueces, que conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. También conocerán de las solicitudes sobre refundición o acumulación de penas.

2. Los juzgados penales unipersonales

Que conocerán materialmente de aquellos delitos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados. También conocerán lo siguiente:

a. Los incidentes sobre beneficios penitenciarios, conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal;

b. El recurso de apelación interpuesto contra las sentencias expedidas por el juez de paz letrado;

c. El recurso de queja en los casos previstos por la Ley;

Compete funcionalmente a los juzgados penales, unipersonales o colegiados, lo siguiente:

a. Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que conforme a Ley deban conocer;

b. Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento;

c. Conocer de los demás casos que este Código y las leyes determinen.

El NCPP configura un juez imparcial que de manera pasiva observa una contienda entre iguales, que carece de iniciativa probatoria y de facultades oficiosas; con una imparcialidad y una dimensión que desarrolla el ejercicio de la autoridad en función del equilibrio de las partes, que se concibe como el eje de lo acusatorio. Un juez ajeno al sistema político y extraño a los intereses particulares de un oponente y a los generales del otro, solo está vinculado al mandato de la ley en su obligación de ver cuál de las dos posiciones encontradas es verdadera y cual no, sin condicionamientos de representatividad, ni de ningún otro orden, ni siquiera de la mayoría, ya que el juez que juzga en nombre del pueblo no lo hace en nombre de las mayorías, como sí deben responder los poderes legislativo y ejecutivo.

El proceso está dirigido en su etapa decisoria por un juez imparcial, al respecto el artículo I del Título Preliminar establece que la justicia penal se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes. El juez penal como funcionario público está vinculado a principios como el de igualdad, garantizado por el apartado tres del

citado artículo, al establecer la obligación de los jueces de **preservar el principio de igualdad procesal,** debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o modifiquen su vigencia. Otros principios que regulan la función judicial son los de eficacia, economía, celeridad, publicidad y sobre todo imparcialidad, reconocidos por el artículo 139 de la Constitución.

El juez que requiere el "sistema acusatorio es un juez respetuoso del enfrentamiento de las partes, garante del equilibrio de la igualdad, de la presunción de inocencia, de la duda probatoria, del debido proceso, del principio de estricta legalidad, de la favorabilidad, del respeto por el derecho a la defensa, de la impugnación, de la contradicción, de la concentración de la prueba, de la oralidad, de la celeridad, de la publicidad, de la no autoincriminación, de la exclusión de pruebas ilegales; y en general de todas las garantías, siempre con apego, solo a la Ley. En todo caso, un juez sin compromiso con la búsqueda de la verdad, diferente de la valoración de la que le traen las partes de manera legal. Sin compromisos con la sociedad distintos de fallar con apego a la ley, sin prejuicios ni apasionamientos, un juez justo no protagonista de la contienda pero sí celoso garante de los derechos de las partes"(134).

Un juez imparcial es aquel que no está comprometido con ninguna de las partes, que juzga solo en aras de la justicia, sin interés en que gane uno u otro de los contendientes. El juez no busca la verdad, solo juzga la legalidad y la certeza de la verdad que le traen las partes, principalmente la Fiscalía.

Como observamos, en primera instancia, la labor de los jueces se limita a las actividades de control del desarrollo de la investigación (jueces de garantías, que nuestro CPP los llama jueces de la investigación preparatoria) y labores de juzgamiento a cargo de los jueces de juzgamiento.

El juez penal solo debe obediencia a la verdad lograda mediante el procedimiento, a las prescripciones jurídicas y a las orientaciones científico-técnicas que viabilicen una óptima concreción de su libertad de criterio. El juez que sea consciente de la obligación de actuar

(134) ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *El Sistema Acusatorio Colombiano. Análisis desde su implementación.* Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006.

imparcialmente debe concretarse a resolver con arreglo a la verdad que es la síntesis concluyente de la imparcialidad.

La actitud absolutamente imparcial en el juez es trascendental frente a los intereses encontrados de las partes en conflicto. Ello supone superar todo tipo de reacciones subjetivas y atender el caso con absoluta neutralidad, con recto e imperturbable criterio. No se puede impartir justicia si se peca de parcialidad, si se carece de personalidad, si se es fácilmente influenciable por los demás. No ser imparcial atenta contra la dignidad del juez y contra la imagen del Poder Judicial, cualquier imposición, interferencia, coacción, seducción orientada a perturbar o anular su libertad de criterio es reprochable, es inadmisible. El comportamiento imparcial es una muestra de la libertad y rectitud de criterio, porque para ser imparcial hay que repeler cualquier amenaza o intimidación, así como ser capaz de vencer tentaciones de ventajas y prebendas.

Esta aptitud del juez para mantener con dignidad y personalidad su independencia es muy necesaria en un país como el nuestro, que ha pasado la experiencia traumática y vergonzosa de contar con jueces de todas las jerarquías que se doblegaron ante el poder político y las prebendas ofrecidas. La peor sanción en estos casos proviene del mundo interior de los jueces corruptos, pues sentirán, aunque traten de olvidarlo o minimizarlo, el permanente dedo acusador de su propia conciencia.

3. Juez de apelaciones

Las salas penales de las cortes superiores tienen competencia en el ámbito de un distrito judicial y conocen fundamentalmente los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones que dictan los jueces en primera instancia. Las salas superiores, integradas por tres jueces, ya no conocen la etapa procesal de juzgamiento, como lo hacían en el marco del Código de Procedimientos de 1940. El artículo 27 del CPP establece la competencia de las salas penales de las cortes superiores, a las que funcionalmente les corresponde:

a. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales–.

b. Dirimir las contiendas de competencia de los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales– del mismo o distinto distrito judicial, correspondiendo conocer y decidir, en este último caso, a la Sala Penal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez que previno.

c. Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia.

d. Dictar a pedido del fiscal superior las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar.

e. Conocer del recurso de queja en los casos previstos por la Ley.

f. Designar al vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como juez de la investigación preparatoria en los casos de procesos especiales previstos por la Ley y realizar el juzgamiento en dichos casos.

g. Resolver la recusación planteada contra sus magistrados.

4. Juez de casación

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, integrada por cinco (5) jueces supremos, tiene competencia en todo el ámbito del territorio nacional, y conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la CPE, le corresponde fallar en casación o en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema, según lo dispuesto por el artículo 26 del CPP es competente para:

a. Conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos por la Ley.

b. Conocer del recurso de queja por denegatoria de apelación.

c. Transferir la competencia en los casos previstos por la Ley.

d. Conocer de la acción de revisión.

e. Resolver las cuestiones de competencia previstas en la Ley y entre la jurisdicción ordinaria y la militar.

f. Pedir al Poder Ejecutivo que acceda a la extradición activa y emitir resolución consultiva respecto a la procedencia o improcedencia de la extradición pasiva.

g. Resolver la recusación planteada contra sus magistrados.

h. Juzgar en los casos de delitos de función que señala la Constitución.

5. Perfil del juez

El juez especializado en lo penal debe tener un perfil especial. Por ello, el Consejo Nacional de la magistratura debe poner especial cuidado en la selección para el nombramiento de jueces, porque para ejercer función jurisdiccional se requiere cualidades especiales tales como:

a. **Vocación por la justicia,** el juez debe tener una decidida vocación, una innata disposición para dedicar su vida a impartir justicia. La vocación es un llamado interior para concretar su personal proyecto de vida y cumplir con un determinado rol en la sociedad contribuyendo al bien común. Cuanto más intenso sea este llamado interior más intensa será también la vocación de cumplir con el personal proyecto de vida.

b. **Integridad moral y honestidad,** es decir, calidad humana. Ella se manifiesta tanto privada como públicamente. La integridad moral, que supone que la persona está dotada de sólidos principios éticos, se refleja en una conducta honesta y en un espíritu de probidad. La honestidad es un conjunto de virtudes indispensables para el ejercicio de su función, ellas son amor por la verdad, honradez, probidad, transparencia, imparcialidad, independencia, decoro, dignidad, respeto por el ser humano sin discriminaciones, un mínimo de altruismo y mucho de solidaridad.

c. **Fino y sensible vivenciador de valores,** para vivir con más intensidad y finura que otros seres humanos los valores que están en la cúspide como la justicia, la solidaridad, la seguridad. Distinguir la justicia de la injusticia, la solidaridad del egoísmo, la seguridad de la inseguridad.

d. **Conocedor del ser humano** y del objeto del Derecho, el juez debe conocer psicología y criminología para poder comprender a las personas que cometen delitos y resolver su caso con equidad.

e. **Capacidad profesional,** el juez debe conocer el sistema penal, aparte de poseer una indispensable cultura jurídica básica, debe

tener conocimientos suficientes de dogmática jurídica en general y de su especialidad en particular, que le permitan resolver con solvencia profesional los casos sometidos a su conocimiento. El hombre de derecho no deja nunca de estudiar y reflexionar, "(...) como la ley está inerte, flácida, en el papel escrito, nada vale lo redactado. Es preciso vivificarlo, introducir el contenido de la vida en la fórmula legal, juzgar a los hombres y resocializarlos"(135).

f. **Defensor de la Constitución y los Derechos Humanos.** El juez debe tener siempre presente la defensa de los principios constituciones y de los Derechos Humanos, debe velar por dichos principios y garantías, no debe aplicar ninguna disposición legal que sea contraria a ellos. Es decir debe hacer uso de la facultad de control constitucional difuso, para contribuir al fortalecimiento de la democracia, del Estado de Derecho y de la vigencia de los Derechos Humanos.

g. **Personalidad y carácter,** el juez debe proceder con la dignidad propia del cargo que detenta y hacer respetar su investidura y su autoridad; en su relación con los litigantes debe actuar con firmeza, pero a la vez con flexibilidad si fuere el caso. Hay que tener en cuenta que en el ejercicio de su función tiene amplias facultades sobre las personas procesadas, sobre terceros no inculpados y sobre las cosas, por ello debe actuar con ponderación, con elevado criterio, con rectitud, tomando conciencia, que de sus decisiones dependen valores fundamentales como la vida, el honor, la libertad, el patrimonio de las personas, etc.

h. **Disposición de servicio:** el juez es un servidor público, sin desmedro de su investidura debe evitar todo tipo de trabas o impedimentos burocráticos o de otra índole, no compatibles con la atención rápida y oportuna que se merecen los litigantes.

i. **Dominio del lenguaje,** el juez debe poseer un adecuado dominio y manejo del lenguaje, tanto para expresarse con propiedad así como para poseer un estilo capaz de comunicar

(135) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El juez penal su formación y sus funciones,* Buenos Aires s/d, p. 86.

sus decisiones con claridad. Debe tener presente que sus resoluciones están dirigidas a las partes litigantes y no solo a los abogados.

6. **Decálogo del juez**[136]

a. Seamos conscientes de que como jueces se nos ha encomendado la función más elevada a la que un ser humano puede aspirar: juzgar a las personas. Se nos ha confiado, pues, su vida, su libertad, su honor, su tranquilidad y su patrimonio. Por tanto debemos actualizar y profundizar permanentemente nuestros conocimientos.

b. Nuestra conducta debe ser ejemplar. La sociedad espera un óptimo servicio de justicia y debemos ejercer el cargo con dignidad.

c. No juzguemos desde nuestra moral, nuestras costumbres o nuestra forma de vida. Preservemos las que todos admiten para vivir y seguir viviendo en sociedad.

d. No abdiquemos de nuestra función ante el poder, la popularidad, la autoridad. Busquemos nuestra legitimidad en la justicia, la probidad y el respeto a los demás.

e. No permitamos que factores sociales, económicos, políticos, publicitarios o de amistad nos aparten de la verdad y de la justicia. Quienes sucumben ante ellos desmerecen el cargo.

f. No dejemos que la pasión ciegue nuestra objetividad y razón, pues nuestros errores no tendrán remedio en la conciencia de los justiciables.

g. Pensemos que nos debemos al justiciable y no el justiciable a nosotros. En él viven nuestros hijos, nuestro cónyuge, nuestros hermanos y nuestros padres.

h. No seamos soberbios sino tolerantes con las ideas ajenas. Respetemos al justiciable, al abogado, al servidor judicial, a los magistrados de distinta jerarquía y a las demás personas.

(136) Elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la República y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el jueves 3 de junio de 2004.

i. Busquemos siempre la justicia, mediante la imparcialidad, independencia, legalidad, lealtad, probidad, veracidad y equidad, utilizando las herramientas de nuestra conciencia, moral, diligencia, decoro y de nuestro sentido común.

j. Procuremos la paz y la justicia como el mayor de los triunfos. Seamos conscientes de que el impacto de nuestras decisiones trasciende el caso concreto.

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL JUICIO ORAL EN EL CPP

En nuestro país, desde 1980, año en que por mandato constitucional (art. 250) se crea el Ministerio Público como un órgano constitucional autónomo cuya función es la persecución del delito y se reconoce el derecho al juicio previo y a la inviolabilidad de la defensa (art. 233°.9) se sentaron las bases para el establecimiento de un sistema procesal de carácter acusatorio; para reemplazar al sistema mixto introducido por el CdPP de 1940 que con el transcurso del tiempo y la introducción del proceso penal sumario, devino en un sistema básicamente inquisitivo, escrito y secreto.

> "El paso de un juicio por escrito (o por registros) a un juicio oral no es un problema de técnicas o de medios tecnológicos: se trata, antes bien, de un modo cultural de administrar justicia, que se debe preservar en la integridad de sus principios básicos: la oralidad, como instrumento al servicio de la inmediación y de la publicidad; la continuidad del debate y su contigüidad con la sentencia, la concentración de la prueba y un sistema libre, pero controlado de valoración de la prueba"(137).

El sistema procesal penal acusatorio es antagónico al sistema inquisitivo, aquel se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo que está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del nuevo CPP: "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (...). Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservaran el

(137) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 268.

principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia". A este esquema doctrinario se ha adoptado el nuevo CPP, que en los artículos 356 y siguientes regula bajo el título de Preceptos Generales, los principios rectores del juicio estableciendo que el juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la Acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación, la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

1. El principio acusatorio

Está previsto por el inciso 1 del artículo 356 del CPP: "El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú". Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. "La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio"[138].

En virtud del principio acusatorio se reconoce nítidamente la separación de funciones para el desarrollo del proceso penal: al Ministerio Público le corresponde la función requirente, la función persecutoria del delito, por ello es titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba.

(138) MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio Oral.* 6ª edición, BGL, Trujillo, mayo 2003, p. 29.

Es el Ministerio Público quien asume la conducción de la investigación desde su inicio y está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado, con esa finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

En tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, la función de fallo; dirige la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento; le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley. Todo esto está previsto por los artículos IV y V del Título Preliminar.

Este esquema supone la intervención de un acusador activo que investiga y requiere y de un tribunal pasivo, un árbitro entre las partes que controla y decide, preservando la efectiva vigencia de la imparcialidad judicial. Con esto se debe poner fin a la situación de caos procesal creado por la confusión de roles existente actualmente. Un fiscal que investiga solo en la etapa preliminar, sin regulación alguna, en plazos indeterminados y que tiene que acusar en base a electos de convicción que él no ha logrado; un juez instructor que por estar pretendiendo investigar, no cumple su función esencial: juzgar, pero que sentencia e impone penas sin previo juicio en un sinnúmero de procesos de trámite sumario.

El principio de división de poderes restringe la tarea de los jueces a funciones estrictamente decisorias, propias del Poder Judicial. En este esquema, el juez asume su rol de garante de la vigencia plena de los derechos humanos. Como lo sostiene Alberto BOVINO el principio acusatorio "es un principio estructural del derecho positivo, de alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es la actuación objetiva del tribunal, limitada a las tareas decisorias que no se comprometen con la hipótesis persecutoria"(139). El contenido intrínseco al principio acusatorio es la necesidad del requerimiento del Ministerio Público para iniciar el procedimiento. Se trata de una exigencia que impide que el tri-

(139) BOVINO, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco.* 1ª edición, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1966. p. 63.

bunal inicie de oficio la investigación o someta a proceso al imputado de oficio. El juez por iniciativa propia no puede investigar o poner en marcha o impulsar el proceso. En consecuencia, el principio acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta. Hay una diferenciación teórica, normativa y práctica entre la potestad persecutoria y la potestad jurisdiccional, por ello el titular de la potestad persecutoria del delito, de la pena y del ejercicio público de la acción penal es el Ministerio Público; en tanto que al Poder Judicial le corresponde exclusivamente dirigir la etapa intermedia y la etapa procesal del juzgamiento.

El Tribunal Constitucional, en sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2006-PHC/TC, ratifica que, de conformidad con la Constitución Política del Estado, el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. En sus fundamentos, sostiene que: "la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad"(140).

JURISPRUDENCIA

EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL
Tribunal Constitucional
Expediente N° 2005-2006-PHC/TC-Lima
Sentencia del Tribunal Constitucional

(140) Sentencia emitida el 13 de marzo de 2006 en el Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval, Fundamento 5.

La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no o puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad (fundamento cinco).

En Lima, a los 13 días del mes de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo pronuncia la siguiente sentencia

FUNDAMENTOS

1. En el presente caso se cuestiona la resolución mediante la cual se concedió a la parte civil la apelación contra el auto que declara el sobreseimiento de la acción penal, de acuerdo a la decisión del Ministerio Público de no emitir acusación. Se alega vulneración a la libertad individual, el principio acusatorio y al procedimiento preestablecido.

2. Si bien las pretendidas vulneraciones al procedimiento preestablecido y al principio acusatorio, constituyen elementos del debido proceso, derecho susceptible de protección, en principio, por el proceso de amparo, resulta procedente su tutela en el proceso de hábeas corpus, en tanto de la pretendida afectación a estos derechos se derive una vulneración o amenaza de la libertad individual. Ello, expresamente reconocido en el artículo 25, último párrafo, del Código Procesal Constitucional, el cual señala que: "También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio". En el presente caso, dado que la resolución judicial cuestionada concede el recurso de apelación interpuesto contra un auto que pone fin a un proceso penal en el que los

inculpados tenían mandato de comparecencia restringida, manteniendo así las restricciones a la libertad individual que sufre el inculpado dentro del proceso penal, resulta procedente analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso en el presente hábeas corpus.

3. Antes de analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso, es preciso reiterar lo ya señalado por este tribunal en el sentido de que no es labor de la justicia constitucional el resolver asuntos de mera legalidad. Es por ello que el sentido del pronunciamiento en la presente sentencia no consistirá en determinar, desde el texto de las normas legales que fueron de aplicación al proceso penal, qué interpretación resulta más correcta, sino si la resolución cuestionada, aunque corresponda a una correcta aplicación de la ley, resulta vulneratoria de los derechos constitucionales del beneficiario del presente hábeas corpus.

4. El proceso penal en el que fue emitida la resolución judicial que se cuestiona es uno sumario, al que le fue de aplicación supletoria lo previsto en el Código de Procedimientos Penales para el proceso ordinario, el cual establece, en el artículo 220, que en caso el fiscal decida no acusar y opine que no hay mérito para pasar a juicio oral, la Sala Penal podrá, alternativamente: a) Disponer el archivamiento del expediente; b) Ordenar la ampliación de la instrucción; c) Elevar directamente la instrucción al fiscal supremo. Señala, además, que con el pronunciamiento del Fiscal Supremo queda terminada la incidencia. En el presente caso fue de aplicación el tercer inciso del citado artículo. Es decir, que el Juzgado, al no estar de acuerdo con el dictamen fiscal en el sentido de que no había mérito para formular acusación contra los inculpados, optó por elevar en consulta los actuados al fiscal superior, quien mediante dictamen de fecha 17 de octubre de 2003 aprobó el dictamen elevado en consulta.

5. La parte demandante alega que el concesorio de la apelación interpuesta contra la resolución que dispone el sobreseimiento vulnera el principio acusatorio. La constitucionalidad de tal principio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por este Tribunal [Exp. 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, Exp. 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique]. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: "a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el

proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad" [Gómez Colomer, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*. Lima, Palestra, 1999].

6. La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. **Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin.** De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad N° 0023-2003-AI/TC, en la que este tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el juez instructor podría abrir proceso.

7. De acuerdo a la ya reseñada **característica del principio acusatorio**, la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el fiscal tuvo la opción, en vez de acusar, de solicitar la ampliación de la instrucción. **En caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el fiscal supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el fiscal superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin.**

8. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional señalándose que: "Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Público, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, no cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad" (Sánchez Velarde, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 2004, pp. 550).

   Y que: "En atención a que el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio (...) únicamente es posible

revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal. (...). [San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal.* Segunda Edición. Lima, Grijley, 2003, Tomo I, p. 620]

9. En el presente caso, una vez concedida la apelación contra el auto que decretó el sobreseimiento, la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima declaró la nulidad del sobreseimiento y la ampliación de la instrucción, por considerar que la investigación realizada no permite determinar la delictuosidad del hecho. Este colegiado considera que ello vulnera igualmente el principio acusatorio, ya que si bien el órgano jurisdiccional no está asumiendo, en estricto, el papel de acusador, ni se está obligando al titular de la acción penal a dictaminar en determinado sentido, **el titular de la acción penal en su grado máximo según la vía procedimental correspondiente, ya ha tomado una decisión que impide la imposición de una condena.** En este mismo sentido se ha pronunciado San Martín Castro, quien señala que:

   "Uniforme jurisprudencia ha puntualizado que el órgano jurisdiccional también está facultado para disponer la ampliación de la instrucción si entiende que la investigación está incompleta, sin embargo es de discrepar tajantemente contra esta facultad toda vez que no se condice con la naturaleza persecutoria del proceso penal y confunde el verdadero rol del órgano jurisdiccional al vincularlo con el material probatorio bajo un supuesto 'deber de esclarecimiento' que nuestra ley fundamental no le atribuye" [ibídem].

10. Si bien la resolución cuestionada es la que concede el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declara sobreseída la acción penal contra el favorecido y otros, la nulidad de dicho concesorio determina la firmeza de la resolución impugnada que declara sobreseída la acción y, en tal sentido, la conclusión del proceso penal y, por consiguiente, la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al precitado sobreseimiento en dicho proceso penal.

11. Finalmente, es de precisarse que, en tanto el sobreseimiento dictado de conformidad al dictamen fiscal que se pronunciaba en el sentido de no haber mérito para acusar constituye una resolución irrecurrible, la concesión del recurso de apelación contra dicho auto y su posterior anulación por la Primera Sala para reos libres de la Corte Superior de Lima constituye una vulneración a la prohibición constitucional de revivir

procesos fenecidos, dejando sin efecto una resolución que constituye cosa juzgada, vulnerando así lo establecido en el artículo 139, incisos 2 y 13, de la Constitución, según el cual no es posible "(...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada" lo cual atenta también contra la seguridad jurídica.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar nula la resolución mediante la cual se concede la apelación interpuesta contra la Resolución de fecha 5 de febrero de 2004, expedida por el Trigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima en el proceso 386-2002.
3. Declarar nula la resolución de fecha 10 de noviembre de 2004, emitida por la Primera Sala Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara nula la resolución que declara sobreseída la acción penal en el mismo proceso.
4. Poner en conocimiento de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura y del Consejo Nacional de la Magistratura la conducta de los vocales integrantes de la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima para que procedan conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS. GARCÍA TOMA, GONZALES OJEDA, ALVA ORLANDINI, BARDELLI LARTIRIGOYEN, VERGARA GOTELLI, LANDA ARROYO

2. El principio de oralidad

Está plenamente garantizado por el CPP en las normas antes citadas; quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos, todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva, será concretado oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo. La oralidad es una característica inherente al juicio oral e "impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando

como medio de comunicación la palabra proferida oralmente; esto es, el medio de comunicación durante el juzgamiento viene a ser por excelencia, la expresión oral, el debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada"[141].

La necesidad de la oralidad de la audiencia es indiscutible, en tanto se requiere el debate entre los intervinientes, por ello está íntimamente ligado al llamado principio de inmediación. La oralidad determina una directa interrelación humana y permite un mayor conocimiento recíproco y personal entre quienes intervienen en el juicio oral. Schmidt ha señalado con acierto que la aplicación de estos principios "es la única forma por medio de la cual se puede obtener una sentencia justa (...) que el debate oral como procedimiento principal, permita que la totalidad de los miembros del tribunal cognitivo puedan obtener una comprensión inmediata de todas las declaraciones y demás medios de prueba"[142]. La oralización de los medios probatorios es el corolario del principio de oralidad.

La introducción de la oralidad imprimirá celeridad al trámite procesal y permitirá desterrar los problemas tradicionales de la administración de justicia, morosidad, burocratismo, delegación de funciones, entre otros vicios e inconvenientes en el desarrollo del proceso penal. Por lo demás es necesario dejar constancia que si bien es cierto la publicidad es consustancial al desarrollo del juzgamiento, también lo es que en el desarrollo de todo el proceso está presente, tales los casos de actos procesales que se resuelven en audiencia, como la imposición de medidas de coerción, decisión sobre medios técnicos de defensa, la resolución sobre los incidentes promovidos en el proceso (ver artículo 8°). Además las audiencias sobre tutela de derechos, control del cumplimiento de los plazos de investigación y las audiencias propias de la etapa intermedia control del requerimiento de sobreseimiento y control de la acusación.

Con respecto a la vigencia del **principio de oralidad** el artículo 361 establece que la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta que contendrá una síntesis de lo actuado y será firmada

(141) MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio Oral*, p. 75.
(142) SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1957, p. 248.

por el juez o juez presidente y el secretario. El fiscal y los defensores de las partes pueden hacer constar las observaciones que estimen convenientes. La audiencia podrá registrarse a través de un medio técnico. El acta o la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. Rige a este efecto el artículo 121 del presente Código[143].

Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y toda intervención de quienes participan en ella; de igual manera las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia serán tratados en un solo acto y se resolverán inmediatamente. En su discusión se concederá la palabra a las partes, por el tiempo que fije el juez penal, a fin de que se pronuncien sobre su mérito; las resoluciones que recaen sobre ellos son recurribles solo en los casos expresamente previstos en el código.

3. El principio de publicidad del juicio

Se fundamenta en el deber que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente, esto es, facilitar que la Nación conozca el porqué, el cómo, con qué pruebas, quiénes, etc., se realiza el juzgamiento de un acusado. El principio de publicidad está garantizado por el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política, por los tratados internacionales, los artículos I apartado 2 del Título Preliminar y 357 del CPP. "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (...)". Este principio de vital importancia es una forma de control ciudadano al juzgamiento. Hassemer señala, además, que este principio es una forma de autolegitimación de las decisiones de los órganos que administran justicia[144]. Consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma.

(143) Artículo 121 del CPP: "El acta carecerá de eficacia solo si no existe certeza sobre las personas que han intervenido en la actuación procesal, o si faltare la firma del funcionario que la ha redactado. La omisión en el acta de alguna formalidad solo la privará de sus efectos, o tornará invalorable su contenido, cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros electos de la misma actuación o actuaciones conexas, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado o de los demás sujetos procesales".

(144) Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE Francisco. *Introducción a la criminología y Derecho Penal.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, p. 202.

La publicidad es considerada como una garantía del ciudadano sometido a juicio y a la vez como un derecho político del cualquier ciudadano a controlar la actividad judicial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 8-12-83) ha señalado que, "la función política de control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia". La finalidad de la publicidad es que el procesado y la comunidad tengan conocimiento sobre la imputación, la actividad probatoria y la manera como se juzga, así la comunidad podrá formarse un criterio propio sobre la forma como se administra justicia y la calidad de la misma.

La regla general es que los juicios deben ser públicos, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia, de este modo ha sido recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH art. 8 inc. 5).

El artículo 357 fija las reglas sobre la **publicidad del juicio:** por regla general el juicio oral siempre será público. No obstante ello, señala la excepción al principio de publicidad, disponiendo que el juzgado mediante resolución especialmente motivada, pueda disponer aun de oficio que el acto oral se realice total o parcialmente en privado en los siguientes casos:

a. Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio.

b. Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional.

c. Cuando se afecte los intereses e la justicia o, enunciativamente peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia.

También faculta al juez para que actuando con sujeción al principio de proporcionalidad pueda prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la Sala de Audiencia; reducir el acceso a un determinado número de personas u ordenar su salida para la

práctica de pruebas específicas; prohibir el acceso de cualquier medio de reproducción de imágenes, sonidos o voces, siempre que considere que su utilización puede perjudicar los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes. Pero desaparecida la causa que motivó la privacidad del juicio se permitirá el reingreso del público a la audiencia. Por otro lado el juzgado puede imponer a los participantes en el juicio el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaren o conocieren. Finalmente dispone la ley procesal que los juicios por responsabilidad de los funcionarios públicos, por los delitos cometidos por medio de la prensa y por la afectación de derechos fundamentales, siempre serán públicos.

La publicidad de los juicios está también referida a la facultad de los medios de comunicación de poder informar sobre el desenvolvimiento de un juzgamiento y hacer efectivo el derecho de control ciudadano; pero la información propalada debe ser objetiva e imparcial, el medio de comunicación no debe convertirse en medio de presión o de sensacionalismo. Sin embargo, la difusión por estos medios no deja de presentar algunos problemas, por lo que algunas legislaciones han previsto restricciones para la prensa cuando se colisiona con otros intereses que deben ser igualmente protegidos.

4. El principio de inmediación

Este principio se encuentra vinculado al principio de oralidad por ser una condición necesaria para la realización de este. La inmediación impone, según señala Mixán Mass, que el juzgamiento sea realizado por el mismo tribunal desde el comienzo hasta el final. La inmediación es el acercamiento que tiene el juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir sentencia(145). Rige en dos planos: i) en la relación entre quienes participan en el proceso y el tribunal, lo que exige la presencia física de estas personas. La vinculación entre los acusados y la sala penal que juzga, es una inmediatez que se hace efectiva a través de la oralidad. El principio de inmediación impide, junto al principio contradictorio, que una persona pueda ser juzgada en ausencia; ii) en la recepción de la prueba, para que el juzgador se forme una clara idea de los hechos y para que sea posible la defensa se requiere que la prueba sea practicada en el juicio.

(145) Cfr. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, 1962, p. 341.

La inmediación da lugar a una relación interpersonal directa, frente a frente, cara a cara, de todos entre sí: acusado y juzgador, acusado y acusador, acusado y defensores, entre estos con el juzgador y acusador, el agraviado y el tercero civil. El juzgador conoce directamente la personalidad, las actitudes, las reacciones del acusado, así como del agraviado, del tercero civil, del testigo o perito. En consecuencia, la inmediación es una necesidad, porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para lograr el conocimiento integral del caso para expedir el fallo.

El artículo 359 del CPP modificado por el Decreto Legislativo N° 1307[146] establece que el juicio se realizará con la **presencia ininterrumpida** de los jueces, el fiscal y de las demás partes, salvo algunos supuestos expresamente previstos, tales como: cuando el juzgado es colegiado y deje de concurrir alguno de sus miembros, será reemplazado por una sola vez por el juez llamado por Ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazante continúe interviniendo con los otros dos miembros. La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.

Por otro lado el acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del juez; pero si deja de asistir a la audiencia, esta continuará sin su presencia y será representado por su defensor. La incomparecencia del citado acusado no perjudicará a los demás acusados presentes.

Si el defensor del acusado, injustificadamente se ausente de la audiencia, rige lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 85 **(también modificado por el mismo decreto legislativo)**, se le excluirá de la defensa, sin perjuicio de que se disponga la intervención de un abogado defensor de oficio, quien continuará en la defensa hasta que el acusado nombre otro defensor.

(146) Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506, modifica el apartado 5 del artículo 359 disponiendo que: "Cuando el abogado defensor del acusado injustificadamente se ausente de la audiencia, rige lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 85, excluyéndose de la defensa y será sancionado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De igual manera, cuando el fiscal se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas, se le excluirá del juicio y se requerirá al fiscal jerárquicamente superior en grado para que designe a su reemplazo.

Cuando el actor civil o el tercero civil no concurran a la audiencia o a las sucesivas sesiones del juicio, este proseguirá sin su concurrencia, sin perjuicio que puedan ser emplazados a comparecer para declarar. Si el actor civil no concurre a la instalación del juicio o a dos sesiones, se tendrá por abandonada su constitución en parte.

5. El principio de contradicción

Este principio se encuentra reconocido en el Título Preliminar y en el artículo 356 del CPP. Consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto. Se concreta poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; así el acusado podrá contraponer argumentos técnico-jurídicos a los que exponga el acusador. El contradictorio sustenta la razón y conveniencia del interrogatorio cruzado en la audiencia y el deber de conceder a cada sujeto procesal la potestad de indicar el folio a oralizar. Este principio rige el desarrollo de todo el proceso penal, pero el momento culminante del contradictorio acontece en la Audiencia en la contraposición de los argumentos formulados en la requisitoria oral del fiscal (acusación) y los argumentos de la defensa del acusado y ello nos permite conocer la calidad profesional del acusador y de los defensores.

El principio de contradicción rige todo el debate donde se enfrentan intereses contrapuestos y se encuentra presente a lo largo del juicio oral, lo cual permite que las partes tengan: i) El derecho a ser oídas por el tribunal; ii) El derecho a ingresar pruebas; iii) El derecho a controlar la actividad de la parte contraria; y iv) El derecho a refutar los argumentos que puedan perjudicarle. Este principio exige, que toda la prueba sea sometida a un severo análisis de tal manera que la información que se obtenga de ella sea de calidad a fin de que el juez pueda formar su convicción y tomar una decisión justa. Por tal razón quienes declaren en el juicio (imputados, testigos, peritos) y en general en las audiencias orales, serán sometidos a interrogatorio y contra

interrogatorio. Además permite que la sentencia se fundamente en el conocimiento logrado en el debate contradictorio, el cual que ha sido apreciado y discutido por las partes(147).

6. El principio de igualdad de armas

Como sostiene el profesor San Martín, este principio es fundamental para la efectividad de la contradicción y "garantiza que ambas partes procesales gocen de los mismos medios de ataque y de defensa"(148); es decir, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. En el sistema mixto, en el mejor de los casos, es decir, en la etapa de juzgamiento del proceso ordinario, el imputado está en una situación de desventaja frente al fiscal y a los jueces que pueden interrogar directamente y disponer de oficio la actuación de pruebas; en tanto la defensa lo hace a través o por intermedio del tribunal; mientras que en el proceso sumario el imputado es procesado y sentenciado sin haber tenido contacto con un defensor, es decir, en total estado de indefensión.

El CPP garantiza expresamente ese principio como norma rectora del proceso: al disponer en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar que: "Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia". Vicente Gimeno Sendra sostiene que, en su opinión, "el principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad que reconoce la Constitución española y del derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24°.2, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria (...)"(149).

(147) Cfr. BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo.* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 252.

(148) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Volumen I, 2ª edición. Grijley, Lima, 2003, p. 127.

(149) GIMENO SENDRA Vicente, MORENO CATENA Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín. *Derecho Procesal Penal.* 3ª edición. Colex, Madrid, 1999, p. 74.

Todos los ciudadanos que intervengan en un proceso penal recibirán idéntico tratamiento procesal por parte de los órganos de la jurisdicción penal. Este principio es esencial en un sistema acusatorio adversarial cuyo desarrollo depende de las partes y en el que la imparcialidad del juez está garantizada. Aquí se nota con nitidez la neutralidad al punto que no puede disponer de oficio la realización del proceso, ni la realización de pruebas, salvo las excepciones previstas en la ley.

7. El principio de la presunción de inocencia

Constituye una de las conquistas esenciales del movimiento liberal que consistió en elevar al rango constitucional el derecho de todo ciudadano sometido a un proceso penal a ser considerado inocente (art. 2°.24.e). Es uno de los pilares del proceso penal acusatorio, reconocido como el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia en tanto no recaiga sobre ella una sentencia condenatoria. Este principio está vigente a lo largo de todas las etapas del proceso y en todas las instancias.

> "La presunción de inocencia ha de desplegar, pues, sus efectos en la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales, en general, y la prisión provisional, en particular, no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado y tras una resolución motivada en la que se cumplan todas las exigencias del principio de proporcionalidad"(150).

El CPP lo reconoce expresamente en el artículo II del Título Preliminar de la siguiente manera: "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o

(150) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 86.

autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

A nivel constitucional, el principio de presunción de inocencia ha sido explicado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

> "El texto constitucional establece expresamente en su artículo 2°, inciso 24, literal e), que: 'Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad'. Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal"(151).

Este principio solo puede ser desvirtuado a través de la actividad probatoria con las siguientes notas esenciales: i) la carga de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora (Ministerio Público) y no a la defensa; aquel ha de probar en el juicio los elementos constitutivos de la pretensión penal; ii) la prueba debe practicarse en el juicio oral bajo inmediación del órgano jurisdiccional, con las debidas garantías procesales. El juez penal que juzga, solo queda vinculado a lo alegado y probado en el juicio oral; iii) Las pruebas deben ser valoradas, observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia por jueces ordinarios, competentes, independientes e imparciales. Este principio está en íntima relación con el derecho a la libertad que la Constitución garantiza a toda persona (art. 2°.24). Por ello, en el marco de un proceso acusatorio, todas las medidas coercitivas en general y la prisión preventiva en particular, tienen carácter excepcional y provisional. Solo podrán imponerse cuando haya peligro procesal; es decir, peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.

(151) Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, Caso Giuliana Flor de María Llamoja Hilares. Fundamento 36.

8. El principio de inviolabilidad del derecho de defensa

Es uno de los principios consagrados por el artículo 139 inciso 14 de la Constitución y está formulado en los siguientes términos: "(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

El artículo IX del Título Preliminar del CPP, establece que: "Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe 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", es decir que garantiza el derecho a contar con un abogado defensor, un profesional en Derecho que ejerza la defensa técnica. Así lo ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

> "El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una **material**, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra **formal**, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión"(152).

Aquella disposición tiende a superar las restricciones al ejercicio de este derecho en el sistema mixto en el que no solo se restringe la defensa, convirtiéndola en un derecho opcional (art. 121 del CdPP), sino que se imposibilita su ejercicio a través del ocultamiento de la información contenida en el cuaderno o expediente, al amparo de una

(152) Expediente Nº 6260-2005-PHC/TC. Caso Margi Clavo Peralta. Fundamento 3.

mal entendida reserva de las actuaciones del sumario. Esto ocurre a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha establecido lo siguiente:

> "Asimismo, el derecho de defensa también resulta afectado cuando el justiciable, dentro del marco de un proceso penal no puede conocer de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, toda vez que ello le impide declarar y defenderse de los hechos concretos, limitando a su vez la posibilidad de aportar pruebas concretas para poder acreditar su inocencia (Cfr. Exp. N° 3390-2005-HC/TC)"(153).

El nuevo CPP configura el derecho de defensa desde una perspectiva amplia; es esencial garantizar este derecho porque así se posibilita el ejercicio de los demás derechos reconocidos por la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las normas procesales (ver arts. 71, 80 y sgtes. del CPP). Para promover la efectiva vigencia de este derecho, se garantiza la asistencia de un traductor o interprete cuando no se habla el idioma del tribunal, la información del hecho, la libertad que tiene el imputado para decidir si declara o si guarda silencio; la posibilidad real y concreta que pueda comunicarse con su defensor y de contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa y ofrecer medios probatorios y la posibilidad de recurrir. Así lo entiende la jurisprudencia constitucional al establecer:

> "El derecho constitucional de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución, garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza, no queden en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, a cualquiera de las partes se le impide, por concretos actos de los órganos judiciales, ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos"(154).

9. El principio de identidad personal

Según este principio, ni el acusado, ni el juzgador pueden ser reemplazados por otra persona durante el desarrollo del juzgamiento.

(153) Expediente N° 0616-2008-PHC/TC. Caso Isidro Taya Berrocal. Fundamento 3.
(154) Expediente N° 9760-2006-PHC/TC, Caso Jorge Adalberto Gerova Rojas. Fundamento 7.

El acusado y el juzgador deben concurrir personalmente a la audiencia desde el inicio hasta la conclusión. El juzgador viendo, oyendo, preguntando, contrastando, analizando la actitud y el comportamiento del acusado, agraviado, testigo y perito, podrá adquirir un conocimiento integral sobre el caso. Este conocimiento directo e integral no sería posible si durante el juicio oral se cambiara al juzgador, pues el reemplazante no tendrá idea sobre la parte ya realizada y su conocimiento será fragmentario e incompleto. Por eso, los integrantes de la sala penal deben ser los mismos desde el inicio hasta el final del juicio oral.

10. El principio de unidad y concentración

La audiencia tiene carácter unitario. Si bien puede realizarse en diferentes sesiones, estas son partes de una sola unidad. Esto debido a la necesidad de continuidad y concentración de la misma(155). La audiencia debe realizarse en el tiempo estrictamente necesario, las sesiones de audiencia no deben ser arbitrariamente diminutas ni indebidamente prolongadas. Así una sesión que termina es una suspensión, no una interrupción del juicio. La razón de este principio está en que el juzgador, al oír y ver todo lo que ocurre en la audiencia, va reteniendo en su memoria la información expuesta. Sin embargo, cuanto más larga sea la audiencia, se va diluyendo dicho recuerdo, corriéndose el riesgo de expedirse un fallo no justo.

El principio de concentración está referido, primero, a que en la etapa de juicio oral serán materia de juzgamiento solo los delitos objeto de la acusación fiscal. Todos los debates estarán orientados a establecer si el acusado es culpable de esos hechos. Si en el curso de los debates resultasen los indicios de la comisión de otro delito, este no podrá ser juzgado en dicha audiencia. En segundo lugar, el principio de concentración requiere que entre la recepción de la prueba, el debate y la sentencia exista la "mayor aproximación posible". Este principio de concentración está destinado a evitar que en la realización de las sesiones de audiencia de un determinado proceso, se distraiga el accionar del tribunal con los debates de otro. Es decir, que la suspensión de la audiencia exige que cuando los jueces retomen sus actividades, continúen con el conocimiento del

(155) Cfr. MIXÁN MASS, Florencio. Ob. cit., p. 272.

mismo proceso, a fin de evitar una desconcentración de los hechos que se exponen.

El artículo 360 establece que una vez instalada la audiencia, esta seguirá en **sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión.** Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. La audiencia solo podrá suspenderse:

a. Por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del Imputado o su defensor;

b. Por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y,

c. Cuando el Código Procesal Penal lo disponga.

Sin embargo la suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

Es importante destacar que entre sesiones, o durante el plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios, esta disposición se ha adoptado con el fin de concluir normalmente un juicio y de poner término a la inadecuada práctica de fijar un sinnúmero de audiencias correspondientes a diferentes procesos, ninguna de las cuales se desarrolla adecuadamente.

Los principios mencionados rigen el desarrollo de todo el proceso penal, de la actividad probatoria y del juzgamiento. También rigen el desarrollo de otras audiencias, como aquellas en que se determinará la prisión preventiva, el control del plazo de la investigación preparatoria, el control de la acusación y del sobreseimiento a las que se refieren los artículos 271, 343, 351 del CPP: En suma, estos son los principios rectores del sistema procesal penal acusatorio que posibilitan un proceso con la vigencia de las garantías procesales. Solo un proceso genuinamente oral y público permitirá la efectiva vigencia de la imparcialidad de los jueces, de la igualdad de armas y de la contradicción. Con lo que se viabilizarán procesos más justos llevados a cabo con eficiencia y eficacia,

desterrando el burocratismo, el secreto, la delegación de funciones, la indefensión. El reto está lanzado de nosotros depende hacerlo realidad.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO ORAL(156)

Las características del juicio oral son las siguientes:

1. **Es judicial.**- conforme a lo regulado en los artículos 363 y 364 del CPP la dirección y realización está cargo exclusivamente del órgano jurisdiccional. El juez penal o el juez presidente del juzgado Colegiado dirigirá el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. Al juez le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. El juez está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. El juez puede limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad.

   Por lo demás ejerce un poder disciplinario y discrecional que le permite mantener el orden y el respeto en la Sala de Audiencias, así como disponer la expulsión de quien perturbe el desarrollo del juicio, mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. Por lo demás si durante el juicio se cometiera un delito perseguible de oficio, el Juez Penal ordenará levantar un acta y dispondrá la detención del presunto culpable, a quien lo pondrá a disposición del fiscal que corresponda, remitiéndole copia de los antecedentes necesarios a fin de que proceda conforme a ley.

2. **Es público.**- Porque la audiencia puede ser presenciada por terceras personas que velan por el cumplimiento de los principios y garantías que rodean al juicio oral. Sin embargo,

(156) Cfr. GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. "Juicio Oral Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral". Primera edición, Octubre de 2009, p. 52.

existen algunas excepciones a la publicidad fundadas en razones de conveniencia, de seguridad, de orden público o de disciplina, que pueden adoptarse por resolución fundamentada.

3. **Es oral.**- Porque para garantizar la inmediación del juez con los órganos de prueba y facilitar la actividad de las partes, el medio de comunicación verbal es el más adecuado.
4. **Es dialéctica.**- Porque en la fase del juicio oral se desarrollan los actos de prueba, los que descansan en el examen y contraexamen que las partes realizan sobre los órganos de prueba.
5. **Es dialógica.**- Porque las partes tratarán de comunicar al juez que fallará que su teoría del caso es la más certera o al menos que la de su contraparte no lo es tanto.

V. INICIO DEL JUICIO ORAL O JUZGAMIENTO

1. Auto de citación a juicio

Artículo 355 modificado por Decreto Legislativo N° 1307[157]

La etapa intermedia culminó luego de que el juez de la investigación preparatoria dictara el Auto de Enjuiciamiento y como consecuencia de ello hace llegar al juez de conocimiento dicha resolución, los actuados, los documentos y los objetos incautados y pondrá a su orden a los presos preventivos. Luego de recibidos los actuados, el Juzgado Penal competente dictará el **Auto de Citación a Juicio** con indicación de la sede de juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio, que será la más próxima posible con un intervalo no menor de diez días.

El juzgado ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio y en la resolución identificará a quien será defensor del acusado y dispondrá todo lo necesario para el inicio regular del juicio. Los testigos y los peritos serán citados directamente para la sesión que les corresponda intervenir.

(157) Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506 y en el apartado 6 del artículo 355 dispone que la **audiencia de instalación de juicio es inaplazable.**

El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de ser declarado **reo contumaz** en caso de inconcurrencia injustificada. Se ha realizado una modificación a este artículo disponiendo que la **audiencia de instalación de juicio es inaplazable** y que rige el numeral 1 del artículo 85, esto es, que si el abogado defensor no concurre, será reemplazado por otro que en ese acto designe el procesado o por uno de oficio, llevándose a cabo la diligencia.

2. La preparación del debate

Conforme a lo dispuesto por el artículo 367 la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor. La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, se hará bajo apercibimiento de ser declarado contumaz. Si es un solo acusado o siendo varios, ninguno concurre a la apertura de la audiencia, sin justificar su inasistencia, se señalará nuevo día y hora, sin perjuicio de declararlos contumaces. Cuando son varios los acusados, y alguno de ellos no concurre, la audiencia se iniciará con los asistentes, declarándose contumaces a los inconcurrentes sin justificación.

Si el acusado ausente o contumaz es capturado o se presenta voluntariamente se le incorporará a la audiencia, se le hará saber los cargos que se le atribuyen e informará de lo actuado hasta ese momento y se le dará la oportunidad de declarar y pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, actuándose de ser el caso las pruebas compatibles con el estado del juicio. El imputado en prisión preventiva, comparecerá sin ligaduras ni prisiones, acompañado de los efectivos policiales para prevenir el riesgo de fuga o de violencia.

El juzgamiento tendrá lugar en la sala de audiencias que designe el juzgado penal, cuando por razones de enfermedad u otra causa justificada sea imposible la concurrencia del acusado a la sala de audiencias, el juzgamiento podrá realizarse, en todo o en parte, en el lugar donde este se encuentre, siempre que su estado de salud y las condiciones lo permitan. Las causas con preso preventivo se realizarán en los locales o sedes judiciales ubicadas dentro de los establecimientos penales, garantizando siempre la publicidad del juicio.

3. Instalación de la audiencia

La primera actividad al iniciar la audiencia consiste en constatar si han asistido todas las personas cuya presencia es obligatoria. El principio de inmediación exige la presencia de los sujetos procesales y del tribunal. La ausencia de los sujetos procesales o del tribunal produce efectos diferentes, si no se encuentra el fiscal, el defensor o el imputado, no se podrá iniciar la audiencia, por lo que tendrá que suspenderse. La presencia del imputado es fundamental porque él tiene un sustancial derecho de defensa, por tal razón los códigos establecen que debe concurrir al debate libre en su persona, aunque deberán adoptarse las medidas que sean necesarias para evitar su fuga.

La audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del juez penal o de los jueces que integran el Juzgado Penal Colegiado, del fiscal, del acusado y su defensor. El juez penal verificará la concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia.

Ubicación de las partes en la audiencia el juez penal tendrá a su frente al acusado; a su derecha, al fiscal y al abogado de la parte civil; y, a su izquierda al abogado defensor del acusado. Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la Sala de Audiencias y solo serán introducidos a la sala de audiencias a medida que sean llamados para ser examinados.

El encuentro entre los sujetos procesales y el tribunal es público, para asegurar el control popular sobre el modo de administrar justicia. Una vez producido el encuentro de las personas indicadas en condiciones de validez comienza el desarrollo del debate, que tiene diversas fases:

a. Apertura y constitución del objeto del debate.
b. Producción de la prueba.
c. Discusión sobre la prueba o alegatos.
d. Clausura del debate.

4. Desarrollo del juicio

4.1. Apertura del juicio y posición de las partes

Instalada la audiencia, el juez enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos completos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.

Acto seguido, se realizarán los **alegatos preliminares**: el **fiscal** expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Luego, 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.

Se trata de la primera intervención de las partes procesales durante el curso de audiencia del juicio oral. En ella presentan al tribunal su teoría del caso y les indican a los jueces cómo, durante el curso de la audiencia, demostrarán que dicha teoría del caso es la que se conforma a las pruebas que se rendirán y al derecho aplicable al caso. La finalidad de un alegato de apertura es ayudar a que los jueces puedan apreciar y entender los hechos del caso desde el punto de vista planteado por el litigante.

El alegato de apertura es una suerte de promesa que hacemos al tribunal sobre los que demostraremos en juicio, por ello debe ser breve, debe proporcionar al tribunal un punto de vista desde el cual apreciar todo lo que ocurrirá en el juicio y debe ser persuasivo.

En la apertura de la audiencia debe verificarse si se dan las condiciones para el **desarrollo del debate y la fijación de su objeto**, por ello uno de los actos iniciales es la exposición de los hechos objeto de la acusación por parte del fiscal. Con la exposición del fiscal respecto a la acusación se fija con claridad **la imputación**, pero todavía no se ha fijado totalmente el **"objeto del debate"**, para ello es necesario escuchar al imputado que es el titular del derecho de defensa. No se puede saber con precisión sobre qué se va a debatir hasta que no esté fijada la controversia, y esta controversia se establece entre la acusación y la defensa. Por ello es conveniente que el defensor técnico realice el planteo básico de su defensa para que

queden claros el **objeto y los límites de la controversia.** La declaración del imputado es un elemento principal de la conformación del objeto del debate, por ello se debe garantizar que el imputado tenga una amplia posibilidad de declaración para defenderse; "el juicio oral responde a una lógica muy sencilla y eso es lo que ha hecho que se convierta en el modelo dominante de justicia penal"(158).

La fijación del objeto del debate cumple una función principal ligada al principio de congruencia: la sentencia solo podrá versar sobre los puntos de hecho fijados en la acusación y el auto de enjuiciamiento.

Ese es un momento importante pues el advenimiento del sistema acusatorio significa un cambio sustantivo en la forma de apreciar el rol de los abogados litigantes en el proceso penal. En efecto el fiscal y el abogado defensor del acusado han de asumir un rol relevante en la tarea de litigar una causa, teniendo su propia **teoría del caso**, que es el planteamiento que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan, para que las pretensiones que planteen logren ser declaradas por el juzgador. La teoría del caso es una herramienta que nos apoya en nuestro trabajo de determinar de qué manera podemos planificar la presentación de nuestro caso y la prueba que lo sostiene ante el tribunal(159).

La teoría del caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos. Una vez que se posea la información que servirá a cada una de las partes se debe definir cuál será la teoría del caso por demostrar. Se plantea inicialmente como hipótesis de que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben estar sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio.

Para la elaboración de la teoría del caso se deberá tener en cuenta cuales son los componentes propios de un litigio. En todo litigio

(158) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 263.
(159) Cfr. ESCUELA DEL MINISTERIO PÚBLICO. *La teoría del caso y las técnicas de litigación oral.* Módulo V desarrollado por MORENO HOLMAN, Leonardo con el auspicio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 08.

penal vamos a encontrar tres componentes: uno **fáctico** relativo a los hechos del caso, otro **jurídico** vinculado fundamentalmente al derecho sustantivo aplicable al caso y finalmente, uno **probatorio** vinculado esencialmente a la evidencia que se utilizará para acreditar la versión del hecho sostenida por la parte ante el tribunal(160).

4.2. Características de la teoría del caso

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil debe cumplir con las siguientes condiciones:

a. Sencillez. Los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.

b. Lógica. Deber guardar armonía y permitir la inferencia de las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.

c. Credibilidad. Para lograr explicarse por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.

d. Suficiencia jurídica. Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y, por tanto debe poder llenar, desde el punto de vista del acusado, todos los elementos de la conducta punible y la culpabilidad. Desde la óptica del defensor debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma.

e. Flexibilidad. Para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de la teoría del caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal. Una buena teoría del caso será aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos; que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria

(160) Ibídem, p. 15.

y su formulación es lógica y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustentan la propia pretensión[161].

Culminados los alegatos preliminares, el juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. El acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido (art. 371).

La presentación de la teoría del caso se realiza a través de los alegatos iniciales una vez instalada la audiencia de juicio oral, es la primera ocasión de poner en contacto al juez con los hechos y los antecedentes que los fundamentan desde la perspectiva adversarial. Estos diez o quince minutos son fundamentales para fijar en el juez el tema de la teoría del caso y la visión de cada sujeto procesal. Esta declaración inicial contiene una narración persuasiva de los hechos (elemento fáctico), los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis (elemento jurídico) y las pruebas que los demuestran y que se practicarán en el debate (elemento probatorio).

El primero que presenta su teoría del caso es el fiscal, quien se dirige al juez para narrarle los hechos según su investigación, explicarle el contenido de su acusación, anunciarle los medios de prueba que presentará para la controversia adversarial y señalarle las proposiciones fácticas que probara con esos medios y anticipar su petición. Luego la defensa hace lo propio si así lo desea; aunque no es obligatorio; como si lo es para la Fiscalía.

5. Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio

El juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder podrá solicitar conferenciar

(161) *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos*. Segunda Edición, p. 124.

previamente con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término la audiencia.

Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez previo traslado a todas las partes, delimitará el debate a esos puntos y determinará los medios de prueba que deberán actuarse. Cuando son varios los acusados y solo admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará la institución de la conformidad y se dictará sentencia; debiendo continuar el proceso respecto a los no confesos.

La sentencia de conformidad se dictará aceptando los términos del acuerdo, en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio, (art. 372). Sin embargo, si el juez estima que el hecho no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda.

En nuestra legislación procesal se ha incorporado el instituto de **la conformidad**[162] que se puede definir como una institución de naturaleza compleja en virtud de la cual la parte pasiva, es decir, tanto el acusado como su defensor técnico, aceptan o admiten los hechos objeto de imputación materia de la acusación fiscal, y con ciertos límites la responsabilidad penal y civil por su comisión. Esta institución rige para todos los delitos.

Notas esenciales.- La conformidad tiene las siguientes notas esenciales:

a. **Es un acto procesal** que encierra una declaración de voluntad de poner fin a un proceso penal. Además es un acto expreso y personalísimo que exige una categórica manifestación por parte del imputado. Además es un acto de doble garantía que exige la concurrencia de las voluntades del imputado y del defensor.

b. **Es un acto procesal puro.** No es viable sujetarla a condición, plazo o término.

(162) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. "La Conformidad o Conclusión Anticipada del Debate". En, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica N° 92, p. 216.

c. **Es un acto procesal unilateral.** Jurídicamente le asiste única y exclusivamente a la defensa. A ella corresponde la titularidad de la misma. En tanto acto unilateral y en rigor, dispositivo de la defensa, no se puede alegar vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos; de tal suerte que reconocido un hecho no puede posteriormente el acusado negar o modificar ese relato fáctico.

d. **Es una manifestación del principio de adhesión o de consenso.** Su ejercicio por la parte acusada no precisa de autorización ni de homologación judicial ni jurídicamente queda condicionado al cumplimiento de prestaciones sociales, sino al efectivo cumplimiento de la pena y al pago de la reparación civil que en el acto se imponga al acusado.

e. La sentencia conformada o anticipada que es consecuencia de un "allanamiento-confesión", pone fin con todos los efectos de la cosa juzgada, a un proceso penal ya incoado. Nuestra legislación no ha incorporado una conformidad premiada, que permitiría la disminución de la sanción penal por evitar el desarrollo del juicio oral.

5.1. Clases de conformidad

Desde un punto de vista subjetivo la conformidad puede ser "**total o propia**" cuando la totalidad de los acusados la presten; y "**parcial o impropia**" en el caso que de una pluralidad de acusados, tan solo alguno de ellos se acoja a la conformidad.

Desde la perspectiva del ámbito de la conformidad puede distinguirse una "**conformidad plena**" que se proyecta amén de los hechos acusados, sobre la responsabilidad penal y civil, sin cuestionamiento alguno; y una "**conformidad relativa**" en la que solo se cuestiona el quántum de la pena y/o de la reparación civil.

La institución de la conformidad se justifica en la introducción del principio de celeridad y economía procesal, consiguiéndose con ella el acortamiento procedimental, dado que se procede a la supresión de trámites en el procedimiento al hacer innecesario el juicio.

JURISPRUDENCIA

RENUNCIA DEL ACUSADO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA(163)

Primer Juzgado Penal Colegiado de Trujillo
Expediente N° 273-2008

La Conformidad es un acto unilateral del acusado y de la defensa, por lo tanto no se puede alegar posteriormente la afectación del principio de presunción de inocencia.

Trujillo, cuatro de febrero de dos mil ocho.

(...)

Octavo: Que, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que existe responsabilidad penal única y exclusivamente cuando existen en autos medios probatorios plurales y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal de los procesados, de ese modo permite arribar al juez a la convicción de culpabilidad, y como en el presente caso la conformidad, al ser un acto unilateral del acusado y de la defensa, no se puede alegar posteriormente la vulneración de la "presunción de inocencia", pues exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, siéndole de aplicación el principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos", de tal suerte que, reconocido un hecho, no puede posteriormente el acusado negar o modificar ese relato fáctico. La Conclusión anticipada elimina trámites procesales, los acorta y simplifica, pero ello no evita que el juzgador debe llegar a la conclusión de que efectivamente se han producido los hechos, que merecen una determinada calificación y posteriormente una pena; ello en aplicación del principio de legalidad tan es así que la norma autoriza en el inciso quinto del artículo 372, según el caso lo amerite.

(...)

(163) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 445.

5.2 Solicitud de nueva prueba

Si se dispone la continuación del juicio, (art. 373) las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba, pero solo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. La resolución no es recurrible.

6. Actuación probatoria (art. 375)

Luego de fijar el objeto de discusión, comienza la producción de prueba. Se trata de incorporar la información que servirá para comprobar cada una de las hipótesis. Los distintos sujetos procesales proponen al Tribunal sus hipótesis, unas inculpatorias otras exculpatorias, algunas referidas a la responsabilidad civil. Esas hipótesis deben ser confirmadas o desechadas y para ello se necesita información, que ingresa al juicio por diversos canales que son los medios de prueba tales como: **Testigos:** personas que han obtenido la información mediante su percepción directa. **Peritos:** personas especialmente calificadas en relación a un conocimiento particular, que explican un fenómeno que no es asequible al tribunal según su capacidad de análisis común. **Documentos:** cualquier tipo de soporte material que contiene información, tales como 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. **Cosas secuestradas:** elementos materiales que han tenido vinculación con los hechos que se intenta comprobar. La información puede también ingresar a través de una observación directa: **inspección judicial.**

En el debate principal se organiza la **producción de la prueba,** significa que los distintos canales vuelcan su información específica en presencia de todos los intervinientes en el debate, ello se rige por principios de orden y eficacia. La extracción de información se realiza a través de métodos específicos, por ejemplo a través de interrogatorios, de informes de peritos, de exhibición y análisis de documentos, comprobaciones inmediatas en el lugar donde ocurrieron los hechos.

Un principio básico vinculado a los principios de inmediación y a la idea misma de juicio previo, es que la información que se puede utilizar para llegar a la convicción final, solo puede ser aquella que ha ingresado válidamente al debate principal. Prueba significa, la prueba incorporada al juicio.

Con toda la información disponible comienza la tercera fase del debate, **los alegatos finales o discusión final.** Aquí los sujetos procesales deberán presentar al tribunal la solución del caso que cada uno propone, mediante el análisis de la prueba producida y el análisis de las normas aplicables al caso, tal como cada uno entiende que ha quedado conformado.

Finalmente se concederá la **palabra al imputado** para que realice su última defensa. Eventualmente se puede conceder la palabra a la víctima, de modo que el debate finalice con la visión de los verdaderos protagonistas del conflicto que se está tratando de solucionar. De este modo se clausura el debate y el tribunal inmediatamente ingresa a un recinto para deliberar, con lo que empieza la tercera parte principal del juicio, la **producción de la sentencia.**

La deliberación es el proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitan construir la solución del caso, por ello debe ser exhaustiva y profunda, orientada en dos sentidos: la determinación de la norma aplicable al caso (análisis jurídico) y el análisis de la información reunida en relación a las distintas hipótesis en juego (valoración de la prueba). La deliberación es el conjunto de operaciones intelectuales o espirituales del tribunal, mediante las cuales se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis de hecho probables, mediante la valoración de la prueba. El tercer paso consiste en la subsunción de los hechos al Derecho, proceso dialéctico del que resulta el producto genuino y esencial del proceso penal: la sentencia.

La sentencia es el acto que materializa la decisión del tribunal. Es un acto formal, su misión es establecer la solución que el orden jurídico ha encontrado para el caso que motivó el proceso; puede ser una sentencia de condena o de absolución. La sentencia de condena significa el reconocimiento de la existencia de todos los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y su determinación. Para que se pueda dictar una condena, es necesaria la certeza o una certidumbre

rayana en la certeza y si no existe ese estado de convicción, necesariamente se debe optar por una absolución. La absolución significa que no se ha comprobado el hecho, o que habiendo ocurrido ello, no se ha comprobado la participación del acusado en los hechos imputados. La sentencia debe ser leída ante los sujetos procesales y el público y así queda notificada. En el desarrollo del debate se debe respetar el principio de continuidad. Lo correcto, si se toma en serio el principio de inmediación, es que no debe existir solución de continuidad entre el debate y el dictado de la sentencia.

En consecuencia el debate probatorio seguirá el siguiente orden:

a. Examen del acusado;

b. Actuación de los medios de prueba admitidos; y,

c. Oralización de los medios probatorios.

Corresponde al juez penal, decidir el orden en que deben actuarse la declaración de los imputados y de los otros medios de prueba admitidos y durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío. Sin embargo, siendo un proceso acusatorio, el interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al fiscal y a los abogados de las partes.

6.1. Declaración del acusado (art. 376)

El acusado tiene derecho a guardar silencio, entonces si rehúsa declarar total o parcialmente, el juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal. Pero si acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas:

a. El acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso;

b. El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil;

c. El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;

d. No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas. El juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisible las preguntas prohibidas.

En caso de pluralidad de acusados el examen se realizará individualmente y declararán, por su orden, según la lista establecida por el juez penal, previa consulta a las partes. Culminado el interrogatorio del último acusado y encontrándose todos en la Sala de Audiencias, el juez les hará conocer oralmente los puntos más importantes de la declaración de cada uno de ellos. Si alguno de los acusados hiciese una aclaración o rectificación se hará constar en acta siempre que fuere pertinente y conducente, (art. 377). La declaración del imputado es un momento esencial del debate y es esta declaración, no las anteriores prestadas en la investigación, la que tiene mayor virtualidad. Por tal razón el imputado podrá ampliar su declaración o hacer las aclaraciones que considere necesarias.

El interrogatorio al imputado lo inicia el Fiscal, luego continúan los abogados del actor civil y del tercero civil respectivamente, el último en intervenir será el abogado del acusado sometido a interrogatorio. Los jueces no participan en el interrogatorio, ellos son imparciales, la controversia es entre las partes procesales.

6.2. Examen de testigos y peritos

El juez, después de identificar adecuadamente al testigo o perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad. El examen de los testigos se sujeta –en lo pertinente– a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio a la parte que ha ofrecido la prueba y luego las restantes. No se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio en el juicio.

El juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará

que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

JURISPRUDENCIA

EXCEPCIONALIDAD DE LA LECTURA DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL[164]

Sala Penal Permanente

Casación N° 10-2007-Trujillo

Sentencia de casación

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 (fundamento sexto).

Lima, veintinueve de enero de dos mil ocho

VISTOS; en audiencia pública; 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 contra la sentencia de vista de fojas noventa y

(164) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 413.

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 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

1. 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 del 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 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.

2. 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 en el 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.

3. 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 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 fojas 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 treinta y nueve 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 la 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 asistan– se realizará por la secretaria de la sala el día veintinueve de enero a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. 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 la 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 setenta y trés del nuevo Código Procesal Penal [solo 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 solo 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.

2. 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.

3. 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 responsabilidad, por cuanto no se puede condenar a la 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 esta 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 la 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 solo 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 Rubén Avila Navis, sin oposición de la defensa del imputado, la que además tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo –así consta el 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 inconstitucional 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.

Sétimo. 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 [apartado 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, referido 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.

DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría 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 MATHEUS

6.2.1. El examen de los peritos

A medida que avanza el conocimiento científico, en particular la criminalística, las pericias adquieren un grado creciente de importancia en el proceso penal. El fiscal debe saber que contar con pericias emitidas con seriedad y profesionalismo constituye una poderosa herramienta a la hora de generar convicción en un tribunal sobre la ocurrencia de determinados hechos o de dar una explicación razonable de por qué esos hechos ocurrieron.

Las pericias permiten al juez apreciar correctamente determinados hechos, que por sus características o naturaleza no podrían valorar adecuadamente de manera directa, por carecer de los conocimientos o experiencia necesaria para apreciarlos debidamente. El juez es un lego frente a estos hechos que requieren para su apreciación la opinión de un perito.

Peritos son personas que concurren a declarar a la audiencia del juicio oral por tener instrucción, conocimientos científicos o técnicos, destrezas y/o experiencia calificada en una ciencia, técnica o arte determinado, que les permite emitir opiniones sobre materias de relevancia para la resolución del juicio.

El perito que ha emitido un informe en la etapa de investigación preparatoria, debe ser citado a la audiencia del juicio oral y el examen a que es sometido se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del informe pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del informe pericial. Luego se exhibirá y se preguntará al perito 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 les pedirá expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

La función de un perito en juicio es fundamentalmente explicar a los jueces las pruebas científicas o especializadas que hayan efectuado y cuyas conclusiones se expondrán, de tal manera que el tribunal pueda comprender a cabalidad su sentido y alcance; o analizar y explicar al tribunal aquellos hechos que para su adecuada comprensión, requieren de la visión de un experto. El perito primero realiza una

exposición libre sobre el procedimiento efectuado y las conclusiones obtenidas. Luego debe reconocer el documento indicando si es el mismo que emitió, si no ha sufrido alteraciones y si la firma que aparece le corresponde; y antes de someterlo al interrogatorio y contrainterrogatorio debe ser acreditado, es decir, demostrar al tribunal que la persona que comparece tiene conocimientos especiales y que las conclusiones que presenta son de gran importancia para resolver en forma adecuada el caso.

Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes. 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. A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

6.2.2. Inconcurrencia del testigo o perito

Cuando el testigo o perito, oportunamente citado, no haya comparecido, el juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso colabore con la diligencia. Si el testigo o perito no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba (art. 379). Los testigos y peritos que no puedan concurrir a la sala de audiencias por un impedimento justificado, serán examinados por el juez en el lugar donde se hallen; si se encuentran en lugar distinto al del juicio, el juez se trasladará hasta el mismo o empleará el sistema de videoconferencia, en el primer supuesto los defensores podrán representar a las partes. En casos excepcionales, el juez comisionará a otro órgano jurisdiccional para la práctica de la prueba, pudiendo intervenir en la misma los abogados de las partes, el acta deberá reproducir íntegramente la prueba

y, si se cuenta con los medios técnicos correspondientes, se reproducirá a través de video, filmación o audio.

El interrogatorio es sumamente importante y para aplicarlo en relación al acusado, a los testigos, a los peritos, hay que conocer las técnicas del interrogatorio. "El interrogatorio es la manera como la prueba testimonial se presenta y practica ante el juez. Cada sujeto procesal pretende probar su teoría del caso a través de sus testigos y esto se hace a través del interrogatorio. De ahí que un interrogatorio debidamente planeado y practicado conduce a la persuasión. La planeación del interrogatorio permite determinar cuáles son los hechos o las opiniones (peritos) relevantes de la teoría del caso que el testigo probará con su dicho, que secuencia deberá seguir para explicarlos claramente, y qué temas y detalles son de importancia para la consistencia de su declaración"(165)

La función del interrogatorio es presentar el testimonio de una manera efectiva, lógica y persuasiva. El interrogatorio es el arte de obtener información pertinente, clara, precisa y sencilla.

En el juicio oral de contenido adversarial, uno de sus componentes esenciales es el derecho que tienen las partes a ejercer el principio contradictorio. Esto es la posibilidad de controvertir, debatir o refutar toda la información que la contraparte ingrese al juicio. Este control de la actividad probatoria del otro litigante, mediante la contradictoriedad, junto a la oralidad y la inmediación es la que convierte al juicio oral en el mejor escenario posible para generar información de alta calidad para el tribunal, toda vez que este recoge luego del debate de las partes en torno a una evidencia, la síntesis que significa esa información luego de haber pasado por el control de calidad del otro litigante. Un testimonio adquiere credibilidad una vez que la contraria ha desplegado toda su actividad para controlarlo, sometiéndolo a un test de calidad mediante el contraexamen. Si el testimonio supera este control sin ser afectado, la información que él contiene proporciona un insumo de calidad para la resolución que deberá adoptar el tribunal.

(165) *Técnicas del proceso oral en el sistema acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos.* 2ª edición, p. 141.

Por esa razón, agotado el interrogatorio de un testigo presentado por un sujeto procesal, corresponde al otro decidir si ejerce el derecho a contrainterrogar. Enfrentar a los testigos contrarios es una de las habilidades más difíciles de desarrollar en el litigio. Un contrainterrogatorio exitoso requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y su testimonio, saber cómo confrontarlos, qué tipos de preguntas formular, tener dominio sobre el testigo y saber cuándo y cómo terminar. Para ello se requiere una debida planeación y mucha práctica, porque la función del contrainterrogatorio es refutar en todo o en parte lo que el testigo ha contestado al interrogador.

Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

6.3. Actuación de la prueba material

Tratándose de un modelo acusatorio en el que la base de la actividad probatoria lo constituye la actividad pericial, los instrumentos o efectos del delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella. Por ejemplo podrían presentarse las armas empleadas para cometer el delito y que luego fueron incautadas. También objetos que fueron incautados por tener relación con la comisión del delito y que quedaron en custodia.

Cuando hablamos de evidencia material nos referimos fundamentalmente a los objetos y otros medios de acreditación. Los litigantes deben aprender a utilizar estos medios materiales para hacer más intensos y dramáticos sus interrogatorios; los abogados deben manejar la técnica destinada a fundamentar o justificar su utilización, porque las evidencias materiales, los objetos presentan un problema, por sí mismos no aportan información relevante, son neutros. La información que de ella deseamos extraer no se desprende de manera directa del objeto, sino del contenido de los testimonios de quienes se refieren a ese objeto.

6.4. Lectura de la prueba documental

Conforme al artículo 383 la prueba documental se incorpora al proceso luego de la oralización. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

a. Las actas conteniendo la prueba anticipada;

b. La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;

c. Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;

d. Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,

e. Las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este código o la ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.

La oralización tendrá lugar a pedido del fiscal o de los defensores y se realizará por su orden, iniciándola el fiscal, continuándola el abogado del actor civil y del tercero civil, y culminando el abogado del acusado. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y

destacará oralmente el significado probatorio que considere útil. Una vez concluida la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

6.5. Otros medios de prueba y prueba de oficio

Recordemos que en un modelo acusatorio, el juez es un tercero neutral, en consecuencia, no puede disponer de oficio, medidas coercitivas, ni actuación de pruebas, salvo casos de excepción en el segundo caso. Este supuesto está previsto en el artículo 385 al disponer que **"si para conocer los hechos, siempre que sea posible y que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, el juez penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo"**. Además excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

Durante el debate que se realiza en la actuación probatoria y fundamentalmente durante las declaraciones de los órganos de prueba, las partes podrán objetar las preguntas que se formulen, por tal razón los códigos deben incorporar alguna herramienta para que los litigantes puedan cautelar que la información introducida a los juicios orales sea de calidad, esto es que sea admisible y pertinente, que provenga de las fuentes de prueba y no de los abogados, que sea producto del declarante sobre los hechos y no de un error, engaño o presión que afecta al deponente. En consecuencia, las **objeciones** desde una perspectiva amplia pero vinculada a la litigación oral, podemos decir que son el procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de evidencia inadmisible, como también para objetar un comportamiento inde bido durante el juicio. Su importancia radica en que son "un instrumento que permite a los litigantes intervenir en el juicio cada vez que se alteren las reglas y principios que regulan la forma en que debe

incorporarse legítimamente una información al juicio para que el tribunal conozca mejor los hechos"(166).

Las normas sobre objeciones vienen a complementar las normas sobre exclusión probatoria y rigen en la audiencia preparatoria, así se garantiza que el tribunal conozca de información válidamente obtenida, pertinente a lo debatido e incorporada sin sugestividad u otro vicio que afecte su calidad.

Las objeciones pueden formularse en relación a las **preguntas capciosas**, aquellas que son formuladas en términos tales que inducen a error o engaño al testigo o perito y favorecen con ello a la parte que las formula. A las **preguntas impertinentes**, es decir a las preguntas que no guardan relación con lo debatido. A las **preguntas sugestivas**, que son formuladas en términos tales que en el texto de ellas va contenida la respuesta a la misma, es decir llevan implícita la respuesta buscada por el interrogador. A las **preguntas repetitivas**, o sea aquellas preguntas que recaen sobre un punto de hecho respecto del cual el testigo ya ha dado una respuesta suficientemente clara. Lo que se busca con ello confundir al testigo esperado que modifique lo ya ha declarado, para luego hacer presente esta situación al tribunal.

Las objeciones son un incidente dentro del juicio, esto quiere decir que formulada una objeción, el juez unipersonal o el Presidente de la Sala si el juez es colegiado, debe correr traslado de ella a la contraparte, y absuelto el traslado se dictará el veredicto respecto a si se acoge o rechaza la objeción formulada; esto es determinar si la pregunta formulada debe o no ser contestada por el órgano de prueba.

6.6. Alegatos finales o alegatos de clausura

Se trata de la última intervención del litigante durante la audiencia del juicio oral y se produce al concluir el desarrollo de la actividad probatoria, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden:

a. Exposición oral del fiscal;

b. Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;

(166) Cfr. ESCUELA DEL MINISTERIO PÚBLICO. *La teoría del caso y las técnicas de litigación oral.* Modulo V desarrollado por MORENO HOLMAN, Leonardo con el auspicio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, pp. 116 y 117.

c. Alegatos del abogado defensor del acusado;

d. Autodefensa del acusado.

La formulación de los alegatos es una parte importante del debate oral, público, contradictorio, desarrollado con igualdad de armas y con posibilidades concretas de ejercicio del derecho de defensa. Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. En todo caso, corresponderá la última palabra el acusado, a quien el juez penal concederá un tiempo prudencial en atención a la naturaleza y complejidad de la causa. Culminada la autodefensa del acusado, el juez penal declarará cerrado el debate (art. 386).

6.6.1. Alegato oral del fiscal

Conforme al artículo 387 el fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita se impongan en la sentencia.

Es el momento en que el fiscal debe demostrar con argumentos al tribunal que su teoría del caso enunciada en el alegato de apertura resultó probada durante el transcurso de la audiencia, con la prueba actuada, tal como lo prometió al inicio del juicio oral.

Para construir este alegato final es indispensable basarse única y exclusivamente en todo aquello que ha ocurrido durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral. Se trata de un relato que se va articulando y tomando forma durante todo el desarrollo de la audiencia.

Asimismo, si el fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitadas en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la adecuación de la pena o reparación civil. De igual manera, en mérito a la prueba actuada en el juicio, puede solicitar la imposición de una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente. Además, el fiscal podrá efectuar la corrección de simples errores materiales o incluir alguna circunstancia,

siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria.

Si el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación; en este supuesto el trámite será el siguiente:

a. El juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles.

b. Reabierta la audiencia, si el juzgador está de acuerdo con el requerimiento del fiscal, dictará auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa.

c. Si el juzgador discrepa del requerimiento del fiscal, elevará los autos al fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior.

d. La decisión del fiscal jerárquicamente superior vincula al fiscal inferior y al juzgador.

6.6.2. Alegato oral del actor civil

De acuerdo al artículo 388 el abogado del actor civil argumentará sobre el agravio que el hecho ha ocasionado a su patrocinado, demostrará el derecho a la reparación que tiene su defendido y destacará la cuantía en que estima el monto de la indemnización, así como pedirá la restitución del bien, si aún es posible, o el pago de su valor; podrá esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos en tanto sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil, así como el conjunto de circunstancias que influyan en su apreciación, pero está prohibido de calificar el delito.

6.6.3. Alegato oral del abogado del tercero civil

El abogado del tercero civil podrá negar la existencia del hecho delictivo atribuido al acusado, o refutar la existencia de la responsabilidad civil solidaria que le atribuye la acusación o el actor civil, o la magnitud del daño causado y el monto de la indemnización solicitada; podrá referirse íntegramente al hecho objeto de imputación y, sin

cuestionar el ámbito penal de la misma, resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de Derecho Civil.

6.6.4. Alegato oral del abogado defensor del acusado

El abogado defensor del acusado analizará los argumentos de la imputación en cuanto a los elementos y circunstancias del delito, la responsabilidad penal y grado de participación que se atribuye a su patrocinado, la pena y la reparación civil solicitadas por el fiscal y si fuere el caso las rebatirá. Esta es la ocasión para concretizar el derecho de defensa en el desarrollo del debate contradictorio. Concluirá su alegato solicitando la absolución del acusado o la atenuación de la pena, o de ser el caso cualquier otro pedido que favorezca a su patrocinado.

6.7. Autodefensa del acusado

Concluidos los alegatos orales, se concederá la palabra al acusado para que exponga lo que estime conveniente a su defensa, él realizará su alegato con amplia libertad, limitando su exposición al tiempo que se le ha fijado.

6.8. Deliberación y sentencia (art. 392)

Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, este acto no podrá extenderse más allá de dos días, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del juzgado colegiado; transcurrido el plazo sin que se produzca el fallo, el juicio deberá repetirse ante otro juzgado. Las decisiones se adoptan por mayoría, esto significa que para sentenciar se requieren dos votos, sin embargo para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime.

6.8.1. Requisitos de la sentencia

Conforme a lo dispuesto por el artículo 394 la sentencia contendrá:

a. La mención del juzgado penal, el lugar y la fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado.

b. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado.

c. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique;

d. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

e. La parte resolutiva, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados o por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito.

f. La firma del juez o de los jueces.

Como vemos las bases legales para la expedición de las sentencias son reguladas principalmente en los artículos 139 inciso 5 de la CPE y en los artículos 394, 395, 397, 398, 399, 425, 433 y 444 del NCPP. Estas normas no agotan las reglas que se tiene que tomar para la fundamentación de una sentencia, son complementadas por la práctica y las necesidades de lograr la debida claridad y comprensibilidad de la fundamentación. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema y del TC han definido las exigencias que deben cumplirse para la debida fundamentación de una sentencia (...)[167].

Establece el código que inmediatamente después de la deliberación se redactará la sentencia por el juez o el director del debate, según el caso. En la redacción de las sentencias se pueden emplear números en la mención de las normas legales y de la jurisprudencia, y también notas al pie de página para citar la doctrina, bibliografía, datos jurisprudenciales y temas adicionales que sirvan para ampliar los conceptos o argumentos utilizados en la motivación.

(167) SCHÖNBOHM, HORST. *Manual de sentencias penales. Aspectos generales de estructura, argumentación y valoración probatoria. Reflexiones y sugerencias*. Impresiones Angélica E.I.R.L., Jr. Huamanga 145, Lima 1, p. 46.

Luego el juez penal unipersonal o el colegiado se constituirá nuevamente en la sala de audiencias para el acto de lectura, la sentencia será leída ante quienes comparezcan. El CPP autoriza que cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, y la lectura integral se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores ante quienes comparezcan. La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella.

Como sabemos la sentencia es la resolución que pone fin al proceso penal, como toda resolución judicial debe ser fundamentada y respetar las formalidades legales, la sentencia puede ser condenatoria o absolutoria.

La Sentencia es la decisión que pone fin a la instancia, dictada por el tribunal decisor sobre la base de un juicio oral. El Tribunal en la sentencia solo puede juzgar sobre el "hecho" circunscripto por el auto de apertura. Si durante el juicio oral el acusado confiesa que ha cometido otros hechos no mencionados en el auto de apertura, el tribunal no está autorizado a juzgar inmediatamente por estos hechos (...) para ello necesita una nueva acusación de la fiscalía(168).

En la motivación de la sentencia absolutoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 debe destacarse especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración; que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal. En ella se ordenará la cesación de las medidas de coerción, que se ejecutarán aun cuando la sentencia no esté firme; las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, se fijará las costas y se suspenderán inmediatamente las órdenes de captura impartidas en su contra.

(168) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Ediciones del Puerto. S.R.L. Buenos Aires Argentina. 200, p. 415

En una sentencia absolutoria, la parte dispositiva solo dice absolución; observaciones como "a falta de prueba" o "por inocencia comprobada" no pertenecen a esta parte, sino que deben ser desarrolladas, únicamente, en los fundamentos. Tampoco pertenece a la parte dispositiva la mención del delito reprochado en la acusación, dado que la absolución abarca el hecho desde todo punto de vista jurídico. Por ello, el tenor reza: El acusado es absuelto[169].

JURISPRUDENCIA

INSUFICIENCIA PROBATORIA DE LA SOLA SINDICACIÓN DEL TESTIGO AGRAVIADO[170]

Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad
Expediente N° 030-2008

Dado que existe solo la mera sindicación del agraviado, respecto a la autoría del delito de robo agravado que se le imputa al procesado recurrente, no existiendo otro elemento probatorio que corrobore la tesis inculpatoria del Ministerio Público, el derecho a la presunción de inocencia que le asiste al procesado recurrente, no ha sido desvirtuado, y si esto es así, este procesado debe ser absuelto, y por consiguiente revocarse la sentencia en la que se lo condena como autor del delito de robo agravado en agravio de Juan Julio Sánchez Pereda y Carmen Rosa García Rodríguez.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE *INDUBIO PRO REO* EN LA SENTENCIA[171]

Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad
Expediente N° 081-2008

Subsiste la imputación de la menor que sindica al imputado como autor del delito de actos contrarios al pudor; sin embargo, la imputación de la menor presenta un conjunto de contradicciones, las mismas que ya han sido anotadas, lo que no permiten darle la credibilidad que exige los requisitos para

(169) Ibidem, p. 422.
(170) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 493.
(171) TABOADA PILCO, Giammpol. Ob. cit., Lima, p. 498.

la validez de la declaración de la menor agraviada, sobre todo respecto a la ausencia de incredibilidad subjetiva y verosimilitud; por lo que se ha generado una duda razonable sobre si realmente hubo o no los actos de tocamientos indebidos y/o libidinosos constitutivos del delito de actos contrarios al pudor. Consecuentemente, conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, segundo párrafo, en caso de duda respecto a la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado.

La sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan descontando los periodos de detención o prisión preventiva cumplidos por el condenado. Se fijará, asimismo, el plazo dentro del cual se deberá pagar la multa. Decidirá también sobre la reparación civil, ordenando la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos. Leído el fallo condenatorio, si el acusado está en libertad, el juez podrá disponer la prisión preventiva cuando haya bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia. La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.

En virtud del principio acusatorio al expedir la sentencia deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

1. Solo podrá tenerse por acreditados hechos u otras circunstancias descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado.
2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el juez penal haya planteado la desvinculación conforme al artículo 374.
3. El juez penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

Al concluir la lectura de la sentencia, el Juzgador preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que quien en la audiencia de lectura de sentencia decide no impugnar su condena, puede

hacerlo por escrito dentro del plazo legal, al respecto a sostenido lo siguiente en la sentencia emitida en el caso Jeremías Curasma Matamoros[172]:

> "Una vez leída su sentencia condenatoria (el 26/03/2012) el imputado consultó con su abogado de oficio y decidió no impugnarla. No obstante, luego de dicho acto designo otro abogado defensor y con fecha 28/03/2012 (retractándose de la decisión inicial) interpuso por escrito un recurso de apelación, el cual –pese a haberse formulado en el plazo legal– fue desestimado por la jueza, quien señaló que la retractación de la decisión de no apelar, no se encuentra regulada en la ley procesal penal (...). La desestimación del recurso de apelación interpuesto se basa en un excesivo formalismo y no en la efectividad de los derechos fundamentales (derecho al recurso y derecho de defensa). Si existía duda en la jueza sobre si es posible o no desistirse de la decisión de no apelar, estando aun dentro del plazo legal de tres días para hacerlo, tal duda debería favorecer el ejercicio de los derechos fundamentales referidos, en virtud del principio pro actione, de modo que debió permitir la interposición del recurso de apelación. Cuando el imputado no designe un abogado de su elección, no basta con que el juez le asigne un defensor de oficio, sino que es esencial que garantice que este le brinde una asistencia letrada efectiva. En tal sentido, el juez tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que hagan posible esta defensa efectiva como podría ser, por ejemplo, otorgarle un tiempo razonable al abogado de oficio, para que pueda tomar el conocimiento debido de la causa y ejerza una defensa adecuada".

Asimismo Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido como doctrina vinculante que la segunda sentencia no puede imponer una pena mayor a la que se impuso en la primera sentencia anulada, así lo ha dispuesto en el auto de casación N° 822-2014- Amazonas, en el que ha sostenido lo siguiente[173]:

> "El artículo 426.2 del CPP de 2004 prohíbe la aplicación de una pena superior a la que se impuso en la sentencia emitida en el juicio que fue anulado por razón de un recurso a favor del procesado. La aplicación de este artículo supone que exista una primera sentencia condenatoria y que esta sea anulada por un recurso en favor del sentenciado; en

(172) "Derecho Penal Constitucional. Jurisprudencia sumillada. Exp. N° 01723-2013-PHC/TC caso Jeremías Curasma Matamoros". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal,* Tomo 87, setiembre de 2016, p. 335.

(173) "Nuevo Proceso Penal. Jurisprudencia Sumillada. Casación N° 822-2014-Amazonas". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 88 Octubre de 2016, p. 261.

la segunda sentencia condenatoria no se podrá imponer una pena superior a la establecida en la primera sentencia condenatoria.

El fin del artículo 426.2 es que cuando el procesado impugne una sentencia solicitando su nulidad, no se vea amedrentado por la posibilidad de ver empeorada su situación jurídica con el resultado del nuevo juicio. Esto viene a ser un supuesto de prohibición de reforma peyorativa que tiene como referente la sentencia anulada. Aquello que no puede empeorar la situación del procesado es la sentencia condenatoria que se emita en el nuevo juicio en el extremo de la cantidad de pena a imponer.

El artículo 426.2 del CPP de 2004 es un supuesto que evita empeorar la situación jurídica de quien logra la nulidad de la sentencia en uso de su derecho a la impugnación. Una vez que se verifica que el nuevo juicio tuvo lugar por un recurso a favor del procesado, la pena impuesta en el primer juicio se vuelve un límite infranqueable. El citado artículo establece un tope a la facultad del juez de determinar la pena a imponer en la sentencia que emana del nuevo juicio".

Finalmente señalamos que respecto a la **calidad de las resoluciones** el artículo 70 de la Ley de Carrera Judicial[174] ha establecido los **Criterios de evaluación** que debe tener en cuenta el Consejo Nacional de la Magistratura en los procesos de selección y nombramiento así como en los procesos de evaluación con fines de ratificación de los magistrados, tales criterios son los siguientes:

1. La comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición;
2. La coherencia lógica y solidez de la argumentación utilizada para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza;
3. La congruencia procesal; y,
4. El manejo de jurisprudencia pertinente al caso, en la medida de las posibilidades de acceso a la misma.

Respecto a la calidad de las decisiones el Consejo Nacional de la Magistratura ha sostenido que durante los procesos de ratificación de jueces y fiscales ha podido advertir que frecuentemente presentan documentos en los que incurren en serias deficiencias, tales como la falta de orden, ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos; redundancia, incongruencia, insuficiencia argumentativa; y citas doctrinarias y jurisprudenciales

(174) Ley de la Carrera Judicial LEY N° 29277, del 18 de octubre de 2008.

innecesarias o poco relevantes para la solución del caso concreto. Lo que trae como consecuencia disminución de la claridad de la decisión. Además en la fundamentación de la decisión y los recursos argumentativos ha observado que los magistrados limitan su razonamiento a transcribir el contenido de las normas aplicables al caso, sin efectuar procedimiento interpretativo alguno, sea de subsunción o ponderación de derechos fundamentales; y que los magistrados suelen remplazar su razonamiento a través de la transcripción de extractos de la actuación probatoria –testimoniales, pericias, inspecciones, etc.– sin valorar el aporte objetivo de los mismos a su decisión.

Por tales razones ha estimado necesario establecer reglas generales en virtud de las cuales evaluará todas **las resoluciones, dictámenes, disposiciones, actas y otros documentos** y ha emitido la Resolución N° 120-2014-PCNM(175) estableciendo como precedente administrativo los fundamentos 5 al 24 en los cuales, sostiene lo siguiente:

Una resolución o dictamen es de buena calidad si cumple con las exigencias o requisitos que la ley establece para su validez; de modo tal que, no basta que haya un orden o claridad en la misma, se requiere que se encuentre motivada según los parámetros que las leyes estipulan. Así por ejemplo una sentencia condenatoria no será de calidad si se ha omitido una motivación acerca de la subsunción jurídica o calificación penal o sobre la determinación judicial de la pena, siendo este aspecto relevante por la consecuencia jurídica sobre el derecho fundamental a la libertad.

Las resoluciones y dictámenes deben ser ordenados, claros llanos y caracterizados por la brevedad en su exposición y argumentación. No se trata de que una resolución conste de muchas páginas para cumplir con la exigencia constitucional de una debida motivación. Se trata más bien de que sea suficiente, es decir, que se analicen y discutan todas las pretensiones, hechos controvertidos o las alegaciones jurídicas de las partes con el carácter de relevantes.

Con relación al aspecto formal una resolución, dictamen o disposición es de calidad cuando evidencia cuidado en la redacción del documento, es decir, que reduce los errores provenientes del mal uso del lenguaje escrito, tales como: el mal uso de las reglas de ortografía y de puntuación, también se debe tener cuidado en la construcción de oraciones y concatenación de argumentos. No se debe redactar párrafos interminables que

(175) Resolución N° 120-2014-PCNM emitida por el Consejo Nacional de la Magistratura. Precedente: Evaluación de la calidad de decisiones. Su fecha, 28 de mayo de 2014. Lima.

contienen argumentos distintos y hasta contrapuestos, que solo están divididos por una coma.

La comprensión jurídica del problema y la calidad de la exposición o argumentación debe sujetarse a los criterios de orden, claridad así como del correcto uso del lenguaje coloquial y jurídico; debe contener la identificación y descripción del tipo de problema a resolver, es decir si se trata de un problema sobre fijación de los hechos materia de discusión, de prueba, de interpretación o de calificación jurídica.

Debe tomarse en cuenta si se trata de una decisión de primer grado o de resolver un medio de impugnación. Cuando se trata de decisiones que resuelven impugnaciones debe respetarse la fijación de los agravios y fundamentos planteados por el recurrente y lo que se sostuvo en la decisión recurrida, a fin de que se dé cabal respuesta a cada uno de ellos, evitando las incongruencias omisivas de carácter recursivo.

Toda resolución, dictamen, disposición y acta debe ser coherente desde una perspectiva lógica, esencialmente con ausencia de contradicciones, así como respetar los principios lógicos (identidad, tercio excluido, razón suficiente).

La resolución debe cumplir con el estándar de motivación suficiente y debe contener una síntesis de la problemática del caso. La estructura lógica de la argumentación debe respetar los criterios de razonamiento deductivos, inductivos o de abducción, sea que se empleen en el análisis de las premisas normativas, fácticas o probatorias.

La solidez de la argumentación se predica no solo de las premisas normativas, sino también respecto al juicio fáctico. Lo importante es resolver el problema planteado y que requiere una respuesta adecuada, ceñida al ordenamiento jurídico como elemento consustancial al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

La solidez de la argumentación en relación al razonamiento probatorio, las decisiones judiciales y fiscales contienen un déficit argumentativo ya que no se consignan las apreciaciones razonadas de cada uno de los medios de prueba, ni las inferencias empleadas para arribar a las conclusiones; la práctica es consignar de manera resumida cada uno de los medios de prueba, sin que siquiera se señalen cuáles son los hechos que se declaran probados. Resumir o sintetizar los medios de prueba no es motivar acerca de la valoración de la prueba.

Toda motivación de la decisión debe cumplir con el principio de completitud, sin que por ello la motivación deba ser sobreabundante o redundante,

antes bien se puede cumplir con dicho principio motivando con claridad y brevedad.

La congruencia procesal es evaluada a partir de una comparación con la parte decisoria, la resolución o decisión debe pronunciarse respecto de todas las partes y por todas las pretensiones (o imputaciones).

Sobre el manejo de la jurisprudencia y doctrina se deberá evitar consignar citas innecesarias o carentes de relevancia. La jurisprudencia citada en las resoluciones es insustancial o irrelevante al caso o problema a elucidar. Limitándose a emplear la jurisprudencia únicamente como adorno o para destacar aspectos tangenciales al caso. El uso impertinente e innecesario de jurisprudencia o doctrina incide negativamente en la calificación de los magistrados.

VI. DESVINCULACIÓN PROCESAL Y DEBIDO PROCESO

Pretendemos exponer algunos aspectos sustanciales y procesales relacionados con el tema denominado **desvinculación procesal, o con mayor precisión correlación entre la acusación y la sentencia.** Esta figura prevista en nuestro ordenamiento procesal penal faculta al órgano jurisdiccional a apartarse de la calificación jurídica contenida en la acusación escrita, siempre y cuando esta circunstancia resulte del debate producido durante el juicio oral y en estricto respeto del **principio acusatorio** y del **derecho de defensa.**

Al realizar una rápida revisión de los diversos trabajos elaborados en función a este tema se advierte que la mayoría de ellos coinciden en relacionarlo de manera coherente, con algunos principios rectores del juicio: principio acusatorio, principio de congruencia, principio de contradicción, principio de igualdad de armas, derecho de defensa; en suma, con el Derecho al Debido Proceso; sin intentar ser exhaustivo en el desarrollo conceptual de todos ellos, resulta pertinente desarrollar algunos principios ya que su vinculación es necesaria, por no decir obligatoria, al momento de desarrollar este tema.

1. Principio acusatorio

Se concibe como un criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita de una acusación para el inicio del juicio oral y para una sentencia de condena. Está previsto por el inciso 1 del artículo 356

del NCPP: "El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú (...)". Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina **acusación**. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. "La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio"(176).

El contenido intrínseco al principio acusatorio es la necesidad del requerimiento del Ministerio Público para iniciar el procedimiento; se trata de una exigencia que impide que el tribunal inicie de oficio la investigación o someta a proceso al imputado de oficio. En consecuencia, el principio acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta, al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado:

> "Que la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad"(177).

(176) MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio oral.* 6ª edición, BGL, Trujillo, mayo 2003, p. 29.
(177) Exp. Nº 2005-2006-PHC/TC, Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval, Fundamento 5.

2. Principio de congruencia

El principio de congruencia como garantía de los justiciables contiene ciertas particularidades según el ordenamiento procesal en el cual se aplique; en materia procesal civil lo encontramos en el apartado 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil que citando su texto dice:

"Son deberes de los jueces en el proceso:

(...)

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia".

Conforme a dicho ordenamiento procesal este principio implica que el juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios.

Por su parte el ordenamiento procesal penal vincula este principio a la llamada **correlación entre la acusación y la sentencia**, en relación a este tema el Tribunal Constitucional ha realizado algunas definiciones señalando que:

"El principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, aun cuando –expresamente– no esté enunciado en la ley procesal especial de la materia, es el límite a la potestad de resolver del órgano jurisdiccional, e impone como sanción la invalidación del acto procesal, de lo cual se infiere no solo la existencia de la institución, sino también su importancia."(178)

Agregando que:

"De lo expuesto se infiere que el principio de correlación se constituye en una exigencia ineludible para el órgano jurisdiccional en la medida que solo podrá sentenciar sobre la base de la acusación emanada por el Ministerio Público. Sin embargo, es posible

(178) Expediente N° 00402-2006-HC/TC Caso Luis Enrique Rojas Álvarez, Fundamento 10.

también que el juez se desvincule de los términos de dicha acusación –condenando por otro tipo penal– siempre y cuando: a) se respeten los hechos contenidos en la acusación; b) se varíe a un tipo penal que proteja el mismo bien jurídico que el tipo penal modificado; y c) se permita ejercer el derecho de defensa a la parte directamente interesada"[179].

Conforme aparece del fundamento 4 del Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, el **principio de correlación entre acusación y sentencia,** exige que el tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273 y 263 del CdePP–; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insalvable con arreglo al artículo 298, literal 3, del citado código. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285-A introducido por el Decreto Legislativo N° 959, que estatuye que el tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar –aunque sí degradar– el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes– fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.

3. Principio de contradicción

Está reconocido en el Título Preliminar y en el artículo 356 del NCPP. Consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto. Se concreta poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; así el acusado podrá contraponer argumentos técnico-jurídicos a los que exponga el acusador. El momento culminante del contradictorio acontece en la audiencia en la contraposición de los argumentos formulados en la requisitoria oral del fiscal (acusación) y los argumentos de la defensa del acusado y ello nos permite conocer la calidad profesional del acusador y de los defensores.

(179) Expediente N° 02901-2007-PHC/TC, Caso Estefa Tito De Melo, Fundamento 3.

El principio de contradicción rige todo el debate donde se enfrentan intereses contrapuestos y se encuentra presente a lo largo del juicio oral, lo cual permite que las partes tengan: i) El derecho a ser oídas por el tribunal; ii) El derecho a ingresar pruebas; iii) El derecho a controlar la actividad de la parte contraria; y iv) El derecho a refutar los argumentos que puedan perjudicarle. Este principio exige, que toda la prueba sea sometida a un severo análisis de tal manera que la información que se obtenga de ella sea de calidad a fin de que el juez pueda formar su convicción y tomar una decisión justa. Por tal razón quienes declaren en el juicio (imputados, testigos, peritos) y en general en las audiencias orales, serán sometidos a interrogatorio y contrainterrogatorio. Además permite que la sentencia se fundamente en el conocimiento logrado en el debate contradictorio, el cual que ha sido apreciado y discutido por las partes(180).

4. Principio de igualdad de armas

Como sostiene el profesor SAN MARTÍN, este principio es fundamental para la efectividad de la contradicción y "garantiza que ambas partes procesales gocen de los mismos medios de ataque y de defensa"(181); es decir, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. El NCPP lo garantiza expresamente al disponer en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar que: "Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia".

Vicente GIMENO SENDRA sostiene que "el principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad que reconoce la Constitución y del derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24.2 el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano

(180) Cfr. BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo.* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 252.

(181) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Volumen I, 2ª edición. Grijley, Lima, 2003, p. 127.

jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria (...)"[182].

5. Derecho de defensa

Está consagrado en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución como un derecho irrenunciable, formulado en los siguientes términos: "(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

El artículo IX del Título Preliminar del NCPP, establece que: "Toda persona tiene **derecho inviolable e irrestricto** a que se le informe 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", es decir que garantiza el derecho a contar con un abogado defensor, un profesional en Derecho que ejerza la defensa técnica; así lo ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

> "El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: **una material**, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y **otra formal**, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión"[183].

Aquella disposición tiende a superar las restricciones al ejercicio de este derecho en el sistema mixto en el que es un derecho opcional

(182) GIMENO SENDRA Vicente, MORENO CATENA Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición. Colex, Madrid, 1999, p. 74.
(183) Expediente Nº 6260-2005-PHC/TC. Caso Margi Clavo Peralta. Fundamento 3.

(art. 121 del CdPP), cuyo ejercicio se restringe a través del ocultamiento de la información contenida en el cuaderno o expediente, al amparo de una mal entendida reserva de las actuaciones del sumario. Este extremo ha merecido el pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

> "(...) el derecho de defensa también resulta afectado cuando el justiciable, dentro del marco de un proceso penal no puede conocer de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, toda vez que ello le impide declarar y defenderse de los hechos concretos, limitando a su vez la posibilidad de aportar pruebas concretas para poder acreditar su inocencia (Cfr. Exp. N° 3390-2005-HC/TC)"(184).

El NCPP configura el derecho de defensa desde una perspectiva amplia; porque así se posibilita el ejercicio de los demás derechos reconocidos por la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las normas procesales (ver arts. 71, 80 y siguientes del NCPP). Para promover la efectiva vigencia de este derecho, se garantiza la asistencia de un traductor o interprete cuando no se habla el idioma del tribunal, la información del hecho, la libertad que tiene el imputado para decidir si declara o si guarda silencio; la posibilidad real y concreta que pueda comunicarse con su defensor y de contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa, ofrecer medios probatorios y la posibilidad de recurrir. Así lo entiende la jurisprudencia constitucional al establecer:

> "El derecho constitucional de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución, garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza, no queden en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, a cualquiera de las partes se le impide, por concretos actos de los órganos judiciales, ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos"(185).

(184) Exp. N° 0616-2008-PHC/TC. Caso Isidro Taya Berrocal. Fundamento 3.
(185) Exp. N° 9760-2006-PHC/TC, Caso Jorge Adalberto Gerova Rojas. Fundamento 7

6. Derecho al debido proceso

Nuestra doctrina acepta que el debido proceso legal "es la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justificable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado"(186).

En nuestro sistema el concepto de debido proceso comprende todas las garantías que estén en concordancia con el fin de dotar a una causa penal de los mecanismos que protejan a la persona sometida a ella. Comprende incluso a derechos que no se encuentran expresamente positivizados, pero que en virtud de esta garantía se pueden invocar por responder a sus fines. Así lo entiende el Tribunal Constitucional al sostener que:

> "(...) el debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc."(187).

Pablo SÁNCHEZ VELARDE, señala que "se entiende por debido proceso aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal: inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación, el respeto a los términos procesales, etc."(188). El concepto "debido proceso" tiene consagración constitucional en el artículo 139 apartado 3, pero como sostiene Carlos E. EDWARDS, "si la noción de debido proceso no se nutre de ciertos requisitos puede transformarse en un concepto vacío de contenido, meramente formalista, en una parodia procedimental que vulnera las más elementales garantías"(189).

(186) QUIROGA LEÓN, Aníbal. "Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia". En: BERNALES, Enrique; EGUIGUREN Francisco; GARCÍA BELAUNDE y otros. *La Constitución diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p. 298-299.
(187) *Diálogo con la Jurisprudencia*. "Jurisprudencia de Impacto". Número 5 Año 2 Setiembre 2006, p. 5.
(188) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1994, p. 82.
(189) EDWARDS, Carlos E. *Garantías constitucionales en materia penal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 86.

La desvinculación procesal en nuestra práctica procesal penal se comenzó a conocer con la denominación de **"determinación alternativa"** esto es la facultad que tiene el juez penal, para cambiar la calificación jurídica realizada por el fiscal y condenar al imputado por un delito distinto al acusado; exigiendo para su aplicación los siguientes presupuestos:

a. **Homogeneidad del bien jurídico protegido.-** Los bienes jurídicos vulnerados tienen que ser de idéntica naturaleza.

b. **Inmutabilidad de los hechos y las pruebas.**

c. **Preservación del derecho de defensa.** El imputado tiene que haber sido notificado para que conozca de la nueva imputación y pueda ejercer su derecho de defensa.

d. **Coherencia entre los elementos fácticos y normativos.** Subsunción de los hechos con la norma aplicable.

Posteriormente, con la promulgación del Decreto Legislativo Nº 959, se han generado ciertas posiciones en relación a su fundamento constitucional, vinculándola a ciertos principios como el acusatorio, el de contradicción y el **principio *iura novit curia***. Sin embargo del lado opuesto, existe una postura que documenta que el órgano jurisdiccional no se puede desvincular de la calificación jurídica del hecho propuesto por el fiscal, pues ello sería incompatible con el modelo acusatorio del proceso penal, y por consiguiente, una regulación en ese sentido, resultaría inconstitucional(190).

Como se sabe el objeto del proceso penal no es más que el hecho criminal producido e imputado a una persona, en tal sentido se habla que tiene dos elementos: **un elemento objetivo**: cuyo contenido es el hecho criminal imputado, y un **elemento subjetivo**: constituido por la persona imputada; dicho objeto es fijado por el Ministerio Publico de conformidad con el principio acusatorio vigente en nuestro ordenamiento constitucional y con el principio de contradicción. Sin embargo es necesario indicar que esta facultad solo le permite al fiscal determinar el hecho fáctico imputado, puesto que la calificación jurídico penal le corresponde al órgano jurisdiccional;

(190) YAIPÉN ZAPATA, Víctor. Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. En:

en ese sentido el principio de exhaustividad impone al juez la obligación sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas, y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia formulada por el acusado, que es lo que se denomina objeto del debate.

Por otro lado una de las características del hecho punible –objeto del proceso penal– es su inmutabilidad, ya que al ser delimitado en juicio por el fiscal o acusador no puede ser modificado; por su parte el acusado y las demás partes si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Sin embargo el tribunal en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa puede postular la **tesis de la desvinculación**, ello en vista de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Dichas circunstancias modificativas, son elementos fácticos accidentales del delito, contingentes y no esenciales, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer. La calificación de hecho punible también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque existe un error de subsunción normativa según la propuesta del Ministerio Público o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena.

El artículo 285-A del CdePP impone al tribunal que cuando plantee de oficio la **tesis de la desvinculación** se debe de dar solo en dos supuestos: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los hechos afirmados por la parte contraria –Ministerio Público– y de la prohibición de la indefensión, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos; tratándose de la modificación de la calificación jurídica y aún cuando se no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error.

El Nuevo Código Procesal Penal en el artículo 374 bajo el título: **"Poder del tribunal y facultad del fiscal"** regula lo relacionado con la desvinculación, disponiendo que: "Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al fiscal y al imputado sobre esa posibilidad". Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el juez penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el juez penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente. Por otro lado, si durante el juicio el fiscal puede introducir un escrito de acusación complementaria, ampliando la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica. En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

Por otro lado el artículo 397 del CPP bajo el título de **"Correlación entre acusación y sentencia"** dispone que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado.

En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el juez penal haya dado cumplimiento al numeral 1 del artículo 374.

El juez penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

JURISPRUDENCIA

DESVINCULACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO PENAL SIEMPRE QUE SE RESPETE EL BIEN O INTERÉS JURÍDICO VULNERADO[191]

Primera Sala Penal de Apelación La Libertad

Expediente N° 036-2007

No se ha acreditado objetivamente que la acción del sentenciado haya estado dirigido a matar a la víctima, mucho menos se encuentra acreditado la agravante de la ferocidad alegada por el representante del Ministerio Público y afirmada por el juzgado colegiado dado que, previamente a la realización de los disparos se originó un pugilato entre agresor y víctima, donde ambos se agredieron con los tacos de jugar villar, a consecuencia de una mala jugada, conforme se aprecia de las testimoniales oralizadas en la presente audiencia, lo que habría originado la acción de disparo con el arma de fuego (...) Procedimiento a realizar la correcta calificación jurídica, se tiene que la acción del sentenciado no ha estado dirigida a causar la muerte de la víctima, sino, solamente a causar lesiones conforme a lo establecido en el considerando nueve, aun cuando la muerte haya sido a consecuencia de la herida mortal causada por el arma de fuego, por lo que, si bien, la muerte de la víctima no puede ser imputada al sentenciado a título de dolo, le es imputable en virtud al artículo 121 como LESISONES GRAVES SEGUIDAS DE MUERTE, toda vez que el resultado muerte pudo ser previsto por el sentenciado dada la naturaleza del arma de fuego y el peligro que su uso conlleva, previsión, que efectivamente ocurrió, según la propia declaración del sentenciado en la presente audiencia.

VII. IMPUGNACIÓN

1. Preceptos generales

Como sostiene el profesor SAN MARTÍN, la Constitución vigente en el artículo 141 menciona dos recursos: el recurso de casación y sin calificación expresa un recurso de última instancia; asimismo reconoce

(191) TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Reforma SAC., Lima, p. 538.

una garantía específica: la pluralidad de la instancia artículo 139 inciso 6 que según el artículo 11 de la LOPJ es una revisión en una instancia superior, de suerte que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Fórmula que la repite el artículo X del Título Preliminar del CPC; a este último recurso se le denomina recurso de apelación, lineamiento que se extiende al orden jurisdiccional penal.

El artículo 139 inciso 6 de la Constitución ubica el recurso dentro de lo que denomina genéricamente "principios y derechos de la función jurisdiccional". Por otra parte la CADH en su artículo 8.2 lo ubica dentro de lo que ampliamente titula Garantías Judiciales, precisando que toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: f) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. A su vez el artículo 14°.5 del PIDCP establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley.

Lo común en los tres textos supremos es que configuran el recurso como un derecho de los justiciables. El derecho de recurrir cuya naturaleza es estrictamente procesal, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio. La existencia de la impugnación no solo obedece a razones de política legislativa sino responde a un imperativo constitucional; incluso es el contenido de un derecho fundamental y, de no estar explícitamente considerado en el artículo 139 inciso 6 implícitamente lo estaría en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional. Ambas normas imponen el deber constitucional de prever recursos e incluso un derecho fundamental de acceso a los mismos de ciertos límites.

La Constitución impone el doble grado de la jurisdicción como mínimo para consagrar la pluralidad de la instancia, lo cual significa que un fallo, cualquiera que fuera su materia o dirección, debe ser objeto de revisión integral por otra instancia, lo que obviamente importa incorporar forzosamente un recurso de apelación en cuya virtud el juez *ad quem* tenga las mismas posibilidades y poderes del juez *a quo*, situación que únicamente puede lograrse mediante este recurso ordinario.

La Constitución nacional ha incorporado un valor central en el sistema de recursos, que precisamente cumple la apelación: el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que según Ferrajoli constituye una garantía esencial del ciudadano y, en particular, en el juicio penal del imputado.

> "El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta de doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan solo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio"(192).

En el Código Procesal Penal el libro cuarto, regula la impugnación, la sección primera está dedicada a los preceptos generales, esto es, a los principios y presupuestos comunes a cualquiera de los recursos, para luego regular el procedimiento correspondiente a cada uno de ellos.

Los medios impugnatorios son instrumentos de naturaleza procesal que deben estar expresamente previstos en la ley, a través de los cuales los sujetos procesales pueden solicitar al órgano jurisdiccional o a su superior jerárquico reexamine una decisión judicial o incluso revise todo un proceso, al considerar que ha sido perjudicado por ellos, buscando con ello la anulación o modificación, total o parcial del objeto de su cuestionamiento.

> "El fundamento que justifica el reconocimiento del derecho a impugnar es la falibilidad humana propia de cualquier persona incluidos los órganos jurisdiccionales, falibilidad que a nivel judicial puede evidenciarse a través de la ocurrencia de vicios o errores, cuyo origen puede ser el desconocimiento o la ignorancia, o la equivocación o hasta el acto doloso, es por ello que los sujetos procesales tienen pleno derecho que dichas decisiones puedan ser objeto

(192) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 926.

de reexamen, en la mayoría de los casos por órganos jurisdiccionales superiores"(193).

El principio de legalidad exige tanto resoluciones ajustadas a la ley como materialmente justas, lo cual tiene relación con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional: la resolución judicial debe ser fundada y guardar armonía con la ley y los valores que inspiran el ordenamiento jurídico.

El derecho a la instancia plural, en nuestra Constitución se centra en las sentencias y en las resoluciones que ponen fin a la instancia. En estos supuestos la Constitución reconoce un derecho incondicionado de impugnación que la ley ordinaria debe respetar y regular. El doble grado de jurisdicción, supuesto mínimo de la instancia plural, se circunscribe a las sentencias y decisiones que ponen fin a la instancia.

1.1. Legitimación de las partes para recurrir

Julio MAIER sostiene que los recursos constituyen una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior, en su opinión, el recurso contra la sentencia no tiene carácter bilateral, sino que es un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal. Si se tiene en cuenta que todo el sistema de garantías se ha construido para evitar que el Estado abuse o haga una aplicación arbitraria de su poder penal; además, y que el proceso penal constituye una obra estatal contra una persona, entonces el recurso en cuanto garantía concreta del perseguido penalmente solo puede ser obra suya y en la medida en que resulte condenado.

Por su parte CAFFERATA NORES sostiene que el proceso penal también apunta a garantizar el derecho de justicia de las víctimas, quienes además tienen derecho a un tribunal independiente, objetivo e imparcial, la representación de la sociedad encomendada al Ministerio Público y la posibilidad que este actué concurrentemente a favor de las víctimas, no puede negarse en modo alguno. Reitera que estos derechos

(193) IBERICO CASTAÑEDA, Luis. En: *Materiales de trabajo*. Academia de la Magistratura. Módulo de Derecho Procesal Penal, Lima, 2008, p. 336.

podrían ser lesionados por sentencias radicalmente arbitrarias o dictadas por un órgano jurisdiccional parcializado, por lo que la bilateralidad de los recursos no puede negarse[194].

1.2. Presupuestos de la impugnación

La impugnación está sometida a ciertos presupuestos de carácter subjetivo y objetivo; los **presupuestos subjetivos** son los siguientes:

a. **El agravio,** gravamen o interés directo el cual exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante, así está previsto en el artículo 405.

b. **El carácter de parte.** La impugnación está reservada a las partes (art. 405°.1.b) porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial. Sin embargo, es necesario puntualizar lo siguiente: i) El Ministerio Público por su calidad de órgano promotor de la justicia puede impugnar inclusive a favor del imputado (art. 405°.1.a); ii) El abogado defensor tiene personería para impugnar en nombre del imputado o de su defendido, en el que incluye al actor civil y al responsable civil (art. 404°.3); y que iii) El derecho de recurrir corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos (art. 404°.2)

En cuanto a los **presupuestos objetivos**, tenemos los siguientes:

a. **El acto impugnatorio.** El artículo 404 establece que las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley.

b. En cuanto a **las formalidades.** Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida, por escrito y en el plazo previsto por la ley. También puede ser oral cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de una audiencia.

(194) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 932, 933.

1.3. Clases de recursos y plazos para interponerlos

Con relación a las **clases de recursos y los plazos** para interponerlos, los artículos 413 y 414 establecen lo siguiente:

a. Recurso de casación, se interpone en el plazo de diez (10) días.

b. Recurso de apelación contra sentencias, se interpone en el plazo de cinco (5) días.

c. Recurso de apelación contra autos interlocutorios, se interpone en el plazo de tres (3) días.

d. Recurso de Queja por denegación de la apelación o la casación, se interpone en el plazo de tres (3) días.

e. Recurso de reposición, se interpone en el plazo de dos (2) días.

La impugnación tiene que precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere y expresar los motivos o fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta;

El artículo 409 del CPP establece que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución, aun a favor del imputado. Sin embargo, la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado, no permite modificación en su perjuicio.

2. Recurso de apelación

En abstracto, el recurso de apelación puede dirigirse contra resoluciones interlocutorias, que realizan la dirección del proceso y contra la sentencia final de una instancia del proceso. Este recurso cuando está radicado en las sentencias es el mecanismo procesal para conseguir el doble grado de la jurisdicción, que configura la segunda instancia a que hace referencia el artículo 139 inciso 6 de la Constitución y el artículo 11 de la LOPJ.

El recurso de apelación es el medio de impugnación de resoluciones judiciales por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley. Este recurso es el que

mayores garantías ofrece a las partes, pues debido a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundarse en causa legal preestablecida y en él se pueden aducir la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales sufridos en la sentencia o en las actuaciones de primera instancia.

Claus ROXIN, refiere que la apelación es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico(195). El recurso de apelación es el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de primera instancia a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal. Así pues, la apelación permite que el órgano competente para conocer de la segunda instancia de un proceso pueda tomar en cuenta tanto la aplicación que se hubiese realizado del Derecho sustantivo como del Derecho Procesal(196).

En nuestro nuevo ordenamiento procesal penal, la apelación es un recurso con efecto devolutivo, responde al principio dispositivo ampliado, porque si bien la capacidad de reexamen del *ad quem*, de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 419 está constreñida únicamente a lo que es la materia impugnada (principio de congruencia). Sin embargo, también podrá declarar la nulidad de la resolución cuestionada en caso advierta nulidades sustanciales o absolutas en la tramitación del proceso en primera instancia, aunque estas no hayan sido materia de denuncia por el impugnante (art. 409); claro está, siempre y cuando se trate de una nulidad trascendente que haya implicado una situación de indefensión para las partes(197).

Según el artículo 416 del CPP 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

(195) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000, p. 456.

(196) VILELA CARBAJAL, Karla Patricia Maribel. *Nulidades procesales civiles y sentencia firme.* 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 67.

(197) IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. *Curso "Nuevo Código procesal Penal" impartido por la Academia de la Magistratura,* p. 188.

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.

Según lo dispuesto por el artículo 417 la competencia funcional para conocer del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el juez de la investigación preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, corresponde a la Sala Penal Superior.

El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior, en cualquier estado del procedimiento recursal, decidirá, mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

3. Recurso de casación

Etimológicamente, casación proviene de la locución latina "*casare*" que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso del

proceso. Según CABANELLAS la casación es la acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento[198].

Francia es la cuna indiscutible de la casación, esta institución nació para cumplir una función política y no jurisdiccional. Después de la Revolución Francesa se creó el Tribunal de Casación, como un órgano del Poder Legislativo, y su función era ejercer un control sobre la labor de los jueces anulando las sentencias en último grado, cuando contravenían el texto expreso de la ley. Luego, el Tribunal de Casación fue ubicado en el ámbito jurisdiccional, como es hasta la actualidad.

En el Perú, la Corte Suprema como órgano de Casación, recién empieza a cumplir esta función con la vigencia del Código Procesal Civil, que estableció este recurso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 de la Constitución Política del Estado de 1979.

Según refiere Giovanni LEONE, el recurso de casación es el medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de casación la anulación de una decisión que le es desfavorable (...)[199].

El recurso de casación tiene la misma función y significado en el proceso penal que el proceso civil; por consiguiente, el concepto de casación en uno y otro orden procesal es el mismo. Se trata obviamente de un medio de impugnación extraordinario con motivos tasados. Con él se pretende la nulidad de la sentencia (casación por infracción penal) o del proceso y, consiguientemente, de la sentencia (casación por quebrantamiento de forma)[200].

El recurso de casación penal tiene una función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales, aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofiláctica) y unificadora

(198) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Tomo II. 16ª edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 96.

(199) LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal* Tomo III *Impugnaciones Proceso de Prevención Criminal. Ejecución.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 180.

(200) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín. *Derecho Procesal Penal.* 3ª edición reformada y actualizada. Colex, septiembre de 1999, p. 740.

de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas[201].

El Profesor SAN MARTÍN CASTRO, citando a MORENO CATENA, señala tres notas esenciales del recurso de casación:

a. Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema.

b. Es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (...) y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal.

c. No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal[202].

3.1. Funciones

a. La función nomofiláctica: que implica la competencia del tribunal supremo de efectuar un control de legalidad, a fin de verificar que las instancias de mérito han aplicado las normas pertinentes para resolver el conflicto y la aplicación de las mismas ha respondido a una correcta interpretación de su sentido.

b. Función uniformadora: que está relacionada a la unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes a fin de obtener una justicia más predecible y menos arbitraria.

c. Función dikelógica: se produce cuando el recurso de casación ha sido estructurado para lograr la obtención de la justicia en el caso, procurando la protección del litigante.

d. Función de control de logicidad o de razonamiento judicial: Esta finalidad está referida al control a cargo de la sala casatoria con relación al razonamiento empleado por las instancias

(201) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Ob. cit., p. 740.
(202) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II. 2ª edición actualizada y aumentada. Grijley, Lima, 2003, pp. 991, 992.

de mérito para fundamentar sus decisiones jurisdiccionales, verificando que tal razonamiento haya sido acorde con las reglas de la lógica, cuidando de que tales decisiones no adolezcan de defectos en su fundamentación o no hayan cumplido con el principio de congruencia.

El nuevo CPP ha asignado al recurso de casación tanto la función nomofiláctica, unificadora como la de control de logicidad, y de acuerdo a nuestro criterio –sostiene Iberico Castañeda– no ha acogido la función dikelógica[203].

Atendiendo a las dos primeras funciones, según refiere Sánchez Palacios, el recurso de casación busca proteger:

a. La igualdad ante la ley, que es un derecho constitucional, que se expresa en el aforismo "a la misma razón el mismo derecho". Y,

b. Preservar los principios de seguridad y certidumbre jurídicas.

3.2. Procedencia

Según lo dispuesto por el artículo 427 del CPP el recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento y 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, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

La procedencia del recurso de casación, en los supuestos antes indicados está sujeta a las siguientes limitaciones:

a. Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

b. Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la Ley,

(203) IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. *Curso "nuevo Código Procesal Penal"*. Academia de la Magistratura. Programa de capacitación en la modalidad de educación a distancia, pp. 191, 192.

en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

c. Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.

Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente. Finalmente, de manera excepcional, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Las causales para interponer el recurso de casación, según el artículo 429 son las siguientes:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto 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.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

3.3. Interposición y admisión

El recurso de casación, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento

o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

Interpuesto recurso de casación, la Sala Penal Superior solo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.

Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

3.4. Preparación y audiencia

Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la secretaría de la sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar alegatos ampliatorios. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término. Culminada la audiencia, la sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.

3.5. Competencia

De acuerdo con lo previsto en el artículo 432 del CPP el recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables

de oficio en cualquier estado y grado del proceso. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos. 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.

4. La condena en segunda instancia del absuelto

Uno de los aspectos más deficitarios del Código de 1940 ha sido el relativo a los medios de impugnación. La ausencia de una sección que los regule sistemáticamente ha sido el principal dato que ha motivado que en el Nuevo Código este aspecto del proceso penal tenga un tratamiento diferente en el libro cuarto. La sección primera está dedicada a los preceptos generales, esto es, a los principios y presupuestos comunes a cualquiera de los recursos que el código contiene, para luego regular el procedimiento correspondiente a cada uno de ellos.

El artículo 409 del CPP limita el conocimiento del tribunal revisor a los puntos a que se refieran los motivos del recurso y en segundo lugar impide modificar la resolución en perjuicio del imputado si el recurso solo ha sido interpuesto por él, pero si la impugnación la formula el Ministerio Público, se podrá revocar o modificar la resolución aun a favor del imputado.

El recurso de apelación es el medio de impugnación de resoluciones judiciales por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley. Este recurso es el que mayores garantías ofrece a las partes, pues debido a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundarse en causa legal preestablecida y en él se pueden aducir la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales sufridos en la sentencia o en las actuaciones de primera instancia.

Según lo dispuesto por el artículo 417 la competencia funcional para conocer del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el juez de la investigación preparatoria, así como por los juzgados de juzgamiento, corresponde a la Sala Penal Superior, que dentro de

los límites de la pretensión impugnatoria, puede examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. El examen tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

Si se analizan las normas que regulan el sistema de impugnación en el Código Procesal Penal Peruano, en especial, los artículos 416 a 426 referidos a la apelación, podemos llegar al consenso que el legislador nacional ha acogido un modelo mixto, con características propias:

La apelación se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, configurándose de tal manera una "segunda instancia", donde priman los principios de oralidad, contradicción, e inmediación.

Si bien es cierto, no se acoge un modelo amplio de aportación de medios probatorios en segunda instancia, se muestra flexible tal posibilidad, esto es así, pues se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a aquella que no se pudo aportar y/o actuar, por causa no atribuible al sujeto que impugna(204).

Nuestro modelo permite que el tribunal que "conoce" la causa, no solo pueda revisar la legalidad de la decisión impugnada, sino que tiene amplias facultades de decisión **"pudiendo" incluso condenar al absuelto**, ello se deriva de la existencia de la "audiencia de apelación" y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas" (205)

4.1. La condena del absuelto. Posiciones

El libro IV del CPP, recoge normas referidas a la impugnación en general y, en particular, las clases de recursos que se pueden interponer; ahora bien, en los artículos 419 inciso 2 y 425 inciso 3, literal b, regula el recurso de apelación para revocar las resoluciones expedidas

(204) Artículo 422.- Pruebas en Segunda Instancia.-
(...)
2. Solo se admitirán los siguientes medios de prueba:
a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;
b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

(205) Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 389.

en primera instancia, permitiendo inclusive condenar en segunda instancia, al absuelto previamente, sin posibilidad de poder impugnar tal fallo (vía un recurso ordinario) y a este respecto se tiene las siguientes posiciones:

a. La tesis de condenar al absuelto lesiona garantías básicas del sistema procesal. Desde la presente postura, se sostiene que:

   Tal precepto contraviene el mandato del artículo 14 inciso 5 del PIDCP[206].

   - Que la sentencia emitida en tal supuesto no tiene un mecanismo ordinario de revisión, solo puede ser impugnada en casación en supuestos excepcionales.
   - El juicio de apelación –que permite la condena– no se ajusta a las exigencias de la segunda instancia; existiendo graves afectaciones a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y aportación de pruebas.

b. La tesis de condenar al absuelto no lesiona garantías básicas del sistema procesal. Desde tal postura se argumenta que:

   - La pluralidad de instancias se cumple con el doble grado de jurisdicción, no siendo tal principio ilimitado en un Estado de Derecho.
   - La condena del absuelto se construye a partir de la realización de una audiencia pública, donde priman los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad. Debiéndose maximizar tales "garantías".

Se propugna la no interpretación literal del PIDCP.

La primera postura ha sido asumida por la Sala Superior Penal de Arequipa, que declaró –vía control difuso– inaplicable el artículo 425.3 del NCPP, en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión[207] y originó la Consulta N° 2491-2010, en el Caso Jorge Ccanahuire. La Sala Superior a pesar de tener la posibilidad de revocar la absolución e imponer una sentencia condenatoria al procesado, de

(206) "Toda persona **declarada culpable de un delito** tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".
(207) NEYRA FLORES, *Op.cit.*

conformidad con el artículo 425.3 (b) del Código Procesal Penal[208], niega tal posibilidad en virtud a la posible inconstitucionalidad de la disposición citada, aplicando el control difuso previsto en los artículos 51 y 138[209] de la Constitución Política, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, además de lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus párrafos primero y tercero. Consecuentemente, se decidió por la nulidad de la sentencia de primera instancia y además declaró inaplicable vía control difuso el artículo 425.3. (b) del CPP[210]. Las razones de inconstitucionalidad expuestas fueron las siguientes:

a. Condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una resolución afectando el principio de proscripción de la *reformatio in peius* que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el Derecho Constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (arts. 10 y 11 DUDH; arts. 4, 14 y 15 PIDCP, art. 8.2 de CADH). No resultando suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación.

b. La pluralidad de instancias "constituye una garantía consustancial del debido proceso, mediante el cual se persigue que

(208) Artículo 425. Sentencia de Segunda Instancia.-
(...)
3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede (...) b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar (...)".

(209) Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. Art. 138° (.) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

(210) LOPJ Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución
(...) cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.
Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.
En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece (...).

> lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos sea objeto de un doble pronunciamiento";

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, al absolver la consulta originada por la inaplicación "por inconstitucionalidad" del artículo 425.3 (b) del CPP, decidió desaprobar la resolución consultada y dispuso que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa expida un nuevo pronunciamiento; fundamentó su decisión en lo siguiente:

a. Que en el caso de condenar en segunda instancia a un procesado que previamente se absolvió, no se trata de un tema de reformartio in peius ni de afectación a la instancia plural, habida cuenta el doble grado de jurisdicción se cumple cuando por intermedio de la impugnación se somete a un órgano superior la revisión plena del juicio llevado a cabo por el *a quo*.

b. Asimismo, resalta que la *reformatio in peius* no funciona en los supuestos en que el contrario hubiera apelado la sentencia, entendiéndose al principio de pluralidad de instancias en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora.

Estamos de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, pues consideramos que en el "Caso de la condena del absuelto" no se está violentando el principio de proscripción a la *reformatio in peius*, ni la pluralidad de instancias, dado que el primero opera para no empeorar la situación jurídica del apelante cuando él promueve la apelación, lo que no sucedió en el presente caso (impugnó el representante del Ministerio Público), y en cuanto al segundo principio, en el CPP se acoge una suerte de doble instancia, lo que imposibilita la regulación de una "tercera instancia"(211); sin embargo, no se puede negar que la reforma de una sentencia absolutoria por una

(211) Creemos que la Sala Penal de Arequipa al hacer referencia al principio de proscripción de la *reformatio in peius*, y al derecho a la pluralidad de instancia, ha tomado muy en cuenta la doctrina argentina, que enfoca la problemática de la condena del absuelto como una necesidad de "doble conformidad"; sin embargo, como ya se ha señalado tal sistema procesal, viene marcado por instituciones del proceso aglonsajón, que difícilmente puede recepcionarse en el nuestro. Cfr. SIENRA MARTÍNEZ Agustina. Ob. cit .p. 201. De manera similar: MAIER. Ob. cit., pp. 727 y 728.

de condena en segunda instancia es un tema polémico, pues se ingresa a la problemática de la prueba en segunda instancia y al cuestionamiento sobre la inmediación[212].

En este orden de ideas, debemos estar a reglas claras que permitan desarrollar la segunda instancia con garantías necesarias, primando los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción; que deben gobernar la etapa impugnatoria, además de poner un "cerrojo" a la práctica de pruebas en tal instancia, y eso es lo que vemos en las normas que forman parte del Código Procesal Penal, así por ejemplo, se dispone en el artículo 425 inciso 2 que la Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada; disponiendo que la sala no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. La actuación de medios probatorios en segunda instancia, se realizan pero excepcionalmente.

No debemos olvidar que la posibilidad de una sentencia condenatoria en segunda instancia, es consecuencia de un solo procedimiento, donde se impone a la tesis acusatoria diversos filtros desde un inicio (por ejemplo: la audiencia de control de acusación), buscando evitar imputaciones sin sustento y arbitrariedades en un fallo final (pero no se niega tal supuesto); por su parte, debe tenerse presente que las "reglas de juego" en segunda instancia son para ambas partes (acusado y acusador), y por eso somos de la opinión que los análisis que se realizan en contra de "una condena del absuelto" afirmando la admisión de pruebas sin audiencia, o la carencia de inmediación de algunas pruebas personales, son infundadas[213]; el sistema procesal actual garantiza la igualdad procesal y eso se evidencia en la presente etapa procesal.

Por lo tanto, creemos conjuntamente con el profesor San Martín Castro que en "la doble instancia como principio constitucional en el

(212) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal.* GTZ. Lima-Perú. Primera Edición, Diciembre de 2010, p.127.
(213) ORÉ GUARDIA, Arsenio. (Informes citados)

orden procesal resulta imprescindible otorgar al juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el juez *a quo*"(214).

Respecto a la tesis de la condena del absuelto se ha pronunciado la jurisprudencia internacional, en función del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El 18 de marzo de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por Carlos Alberto Mohamed y el abogado Roque J. Mantione a la que se le asignó el número 11.618. En la denuncia se alegó la responsabilidad internacional de la República Argentina por cuanto en el proceso en el que se juzgó al señor Mohamed por homicidio culposo, no se habría garantizado el derecho de acceder a un recurso que revisara su sentencia condenatoria, dado que el 30 de agosto de 1994, el juez de la causa dictó sentencia "absolviendo de culpa y cargo a Oscar Alberto Mohamed por el delito de homicidio culposo previsto y reprimido en el artículo 84 del Código Penal (...)". La sentencia fue apelada por el Fiscal. El conocimiento del recurso ingresó para su consideración en la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional, que luego condenó en segunda instancia, presuntamente sin acceso a un recurso de revisión posterior.

Los peticionarios alegaron que, el Sr. Mohamed tenía derecho a que se revisara la sentencia condenatoria dictada en su contra por la Cámara Nacional de Apelaciones. Aducen que interpusieron el recurso extraordinario, que fue rechazado sin haber entrado a analizar el fondo del mismo, constituyendo ello una violación al derecho a que su condena fuese revisada. Por su parte el Estado argumenta que el Sr. Mohamed fue procesado en dos instancias en las cuales se respetaron todas las garantías del debido proceso legal, por lo cual no habría violación al artículo 8 y que no existe en el derecho internacional una exigencia para que los Estados provean una instancia ulterior de revisión de una condena emitida por un Tribunal de Apelaciones, (fundamentos 66 y 67).

(214) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Grijley Editores. Abril 2006. Lima-Perú. p. 985.

Sostiene la CIDH en el fundamento 69 que el derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía es una garantía fundamental en el marco del debido proceso legal, cuya finalidad es evitar que se consolide una situación de injusticia. De acuerdo a la jurisprudencia interamericana, el objetivo de este derecho es "evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona". El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia mediante una revisión adecuada.

La CIDH observa que, ante una sentencia condenatoria, el texto del artículo 8.2.h. no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir del fallo. La garantía establecida en el artículo 8.2.h. no está limitada a una etapa procesal, sino que se establece con el fin de que una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia. De acuerdo con el análisis precedente, la CIDH considera que el artículo 8.2.h. reconoce el derecho del Sr. Mohamed de recurrir del fallo de la Cámara de Apelaciones que lo condenó por el delito de homicidio culposo, (fundamentos 70 al 74).

Para el Derecho Internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser **oportuno**. Asimismo, debe ser un recurso **eficaz**, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además, debe ser **accesible**, sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho (fundamento 75).

Se resalta que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera,

el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones, sin limitar a priori su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial, (fundamento 76).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha establecido reiteradamente que:

El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto.

En la misma línea de lo establecido por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, la CIDH destaca que el derecho a recurrir no implica necesariamente un nuevo juicio o una nueva "audiencia" si el tribunal que realiza la revisión no está impedido de estudiar los hechos de la causa. Lo que exige la norma es la posibilidad de señalar y obtener respuesta sobre errores de diverso orden que hubiera podido cometer el juez o tribunal, sin excluir a priori ciertas categorías como los hechos, el derecho y la valoración y recepción de la prueba. La forma y los medios a través de los cuales se realice la revisión dependerán de la naturaleza de las cuestiones en debate así como de las particularidades del sistema procesal penal en el Estado concernido.

Cabe mencionar que la Convención Americana "no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional". (fundamento 81)

La Corte Interamericana ha señalado que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las

modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. Asimismo, la corte ha indicado que este principio, recogido en su artículo 2, establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*), (fundamentos 103 y 104).

La CIDH es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas a lo largo del presente informe, la Comisión Interamericana, durante su 140 periodo ordinario de sesiones, concluye que el Estado de Argentina violó el derecho de Oscar Alberto Mohamed respeto al principio de legalidad, a un debido proceso y a las garantías consagrados en los artículos 9, 8.2.h y c. y 25.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. La comisión concluye asimismo, que el Estado argentino violó el artículo 2 de la Convención Americana.

En el Congreso de la República se ha presentado un Proyecto de Ley que "modifica artículos del Nuevo Código Procesal Penal y optimiza sistema de recursos y evitan riesgo de impunidad para casos de

condena del absuelto por inferior en grado"[215]. Se propone modificar el artículo 417 referido a la competencia de los órganos jurisdiccionales para resolver la apelación, al cual se le incorporaría el apartado 3 disponiendo que:

> "Excepcionalmente, contra las sentencias que condenan al que fue absuelto expedidas por la Sala Penal Superior, conoce el recurso de apelación suprema, la Sala Penal de la Corte Suprema menos antigua".

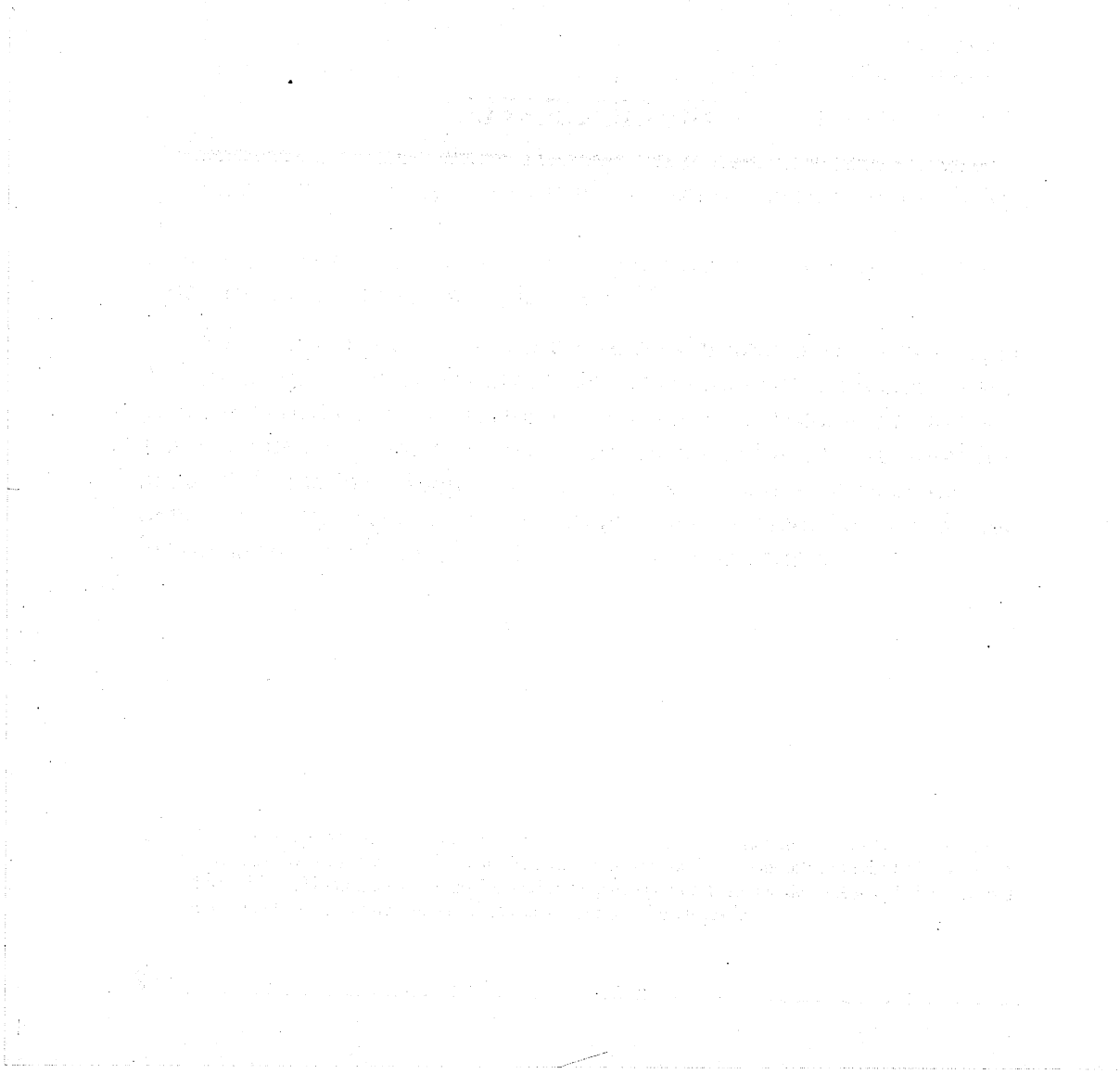
Con lo cual excepcionalmente se habilita una segunda instancia que resuelva la apelación de quien es condenado, luego de haber sido absuelto y así se superaría las críticas formuladas en el sentido de que condenar al absuelto en primera instancia, lesiona garantías básicas del sistema procesal y los derechos reconocidos por los Tratados Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, porque no existe un mecanismo ordinario de revisión.

La modificación legislativa también propone establecer que la Sala Superior podrá dictar sentencia condenatoria, "siempre que exista actuación probatoria con inmediación y contradicción de prueba nueva o de prueba ya actuada en el juicio oral".

Además se propone la modificación del apartado 5 del artículo 425 para establecer que contra la sentencia de segunda instancia solo procede el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión; al que se le añadiría el siguiente párrafo: "Contra la sentencia que condena al que fue absuelto en primera instancia procede recurso de apelación suprema a la Sala Penal Suprema menos antigua".

(215) Proyecto de Ley Nº 1451/2016 presentado por el Congresista de la República Elías Nicolás Rodríguez Zavaleta en representación de la Célula Parlamentaria Aprista. Plantea modificar los artículos 417, 419, 420, 425, y 427 del nuevo Código Procesal Penal para optimizar sistema de recursos y evitar riesgo de impunidad para casos de condena del absuelto por inferior en grado.

BIBLIOGRAFÍA



Bibliografía

- ANGULO ARANA, Pedro Manuel. *El Ministerio Público. Orígenes, principios, misiones, funciones y facultades*. Tarea Asociación Gráfica Educativa. Lima-Perú, 2001.
- ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. "La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP de 2004". En: *Actualidad Jurídica*. N° 148, Gaceta Jurídica, 2006.
- ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *El sistema acusatorio colombiano. Análisis desde su implementación*. Primera edición, Andrés Morales, Bogotá - Colombia, 2006
- ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- BERTOLINO, Pedro. "El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires". En: www.eldial.com/suplementos/penal/edito/edito8.asp
- BÍNDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. 1ª reimpresión, Myrna Mack, Guatemala 1997.
  - *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
  - *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. 1ª edición, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1966, p. 63.

- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Libro de Edición Argentina. Editorial Heliasta SRL. 1981.
- CAFFERATA Nores, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
  - *La prueba en el proceso penal*. 4ª edición actualizada y ampliada. Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- Centro de Justicia de las Américas CEJA, Materiales de Trabajo del Curso de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal realizado por el en Chile el año 2005.
- Centro de Justicia de las Américas. Justice Studies Center of the Americas CEJA - JSCA. Lecturas Complementarias, Modulo N° 3. Exigencias Administrativas de la Oralidad. S Ed.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Decálogo del juez. publicado en el diario oficial *El Peruano* el jueves 3 de junio de 2004.
- Corte Suprema de Justicia De La Republica, Sexto Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario 06/2010/CJ-116. Lima 16 de noviembre del 2010.
- Corte Suprema de Justicia De La República V Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda y QUISPE FARFÁN, Fany. *El nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales*. Palestra Editores. Lima, 2005.
- DE LLERA SUÁREZ BARCENA, Emilio. *Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)*. 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- DIAZ CANTON, Fernando, análisis de la obra de Pedro J. Bertolino, El Juez de Garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. www.eldial.com/suplementos/penal/edito/edito8.asp

- DI LERTORA, Romeo V. *La transición al nuevo Proceso Penal, Manual para abogados*. Tomo I. Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile. Mayo 2004
- DUCE, Mauricio. *La oralidad en las etapas previas al juicio*. Centro de Justicia de las Américas. Ceja.
- DUEÑAS CANCHES, Omar. "Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal". En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 90, año 11, marzo 2006.
- EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Primera Edición, Ad-hoc, Argentina, junio de 1996.
- Escuela del Ministerio Publico, *Guía para actuaciones del fiscal en el Código Procesal Penal*. Elaborada con el apoyo técnico de la Oficina de las Naciones Unidad contra la Droga y el Delito.
- *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Juicio Oral Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral. Primera Edición Octubre de 2009.
  - Gaceta Penal & procesal penal. Tomo 87 setiembre de 2016.
  - Gaceta Penal & procesal penal. Tomo 88 octubre de 2016.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Editorial Colex, Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, 2001.
  - "Conferencia Magistral" organizada por el Instituto de Ciencia Procesal Penal, 6 y 7 de abril de 2006, Lima.
- GUARIGLIA Fabricio. "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad". En: *AA.VV. El Ministerio Público en el proceso penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. 1993.

- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *El juez de instrucción y el juez de garantías. Posibles Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- HURTADO POZO, José. "Vladivideos e Ilegalidad de la prueba". En: *IDEELE - Revista del Instituto de Defensa Legal*, N° 140, setiembre de 2001.
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis. *Materiales de Trabajo, Academia de la Magistratura*. Módulo de Derecho Procesal Penal, Lima, 2008.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El juez penal su formación y sus funciones*. Buenos Aires, s/d.
- LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963.
  - *Tratado de Derecho Procesal Penal. Impugnaciones Proceso de Prevención Criminal. Ejecución*. Tomo III, Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I, Vol. b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Instructivo Gráfico elaborado y publicado por la Secretaria Técnica - Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Noviembre del 2015.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Editor José María Bosch, Barcelona.
- MIXÁN MÁSS, Florencio. El juicio oral. B.L.G., 6ª edición. Trujillo, Mayo 2003.
  - "Los sujetos procesales en el procedimiento penal". En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima-Perú.

- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III, 6ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Lima. Editorial Idemsa 2010.
- Plan Estratégico de Investigación de la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil de la República de El Salvador, elaborado en virtud del Acuerdo de Coordinación Interinstitucional, desarrollado con el apoyo del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas y la Embajada Británica contra la droga y el delito. Marzo de 2009.
- PICO i JUNOY, Joan. "La Prueba Anticipada en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Tomo de Jurisprudencia 7/2001 - Madrid)
- Primer Pleno Jurisdiccional Distrital de Ica Materia Penal y Procesal Penal - 2011 llevado en la ciudad de Ica, el dos de noviembre del año dos mil once.
- Reglamento General de Audiencias Bajo Las Normas del Código Procesal Penal, Junio 2006
- Resolución de Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de junio de 2006 que aprueba el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto.
- RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 41 Diciembre del 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2000.
- RUBIANES, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomos I y III, De palma, Buenos Aires, 1985.

- SALAS BETETA, Christian. *El Proceso Penal Común*. En: *Gaceta Penal & procesal penal*. Primera Edición. Junio del 2011.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *La etapa intermedia y resoluciones judiciales, según el Código Procesal Penal de 2004*. Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. Primera Edición. Diciembre de 2014.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I y II, Grijley, Lima, 1999.
  - *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003.
  - *Legislación Penal contra los delitos de corrupción*. Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos, Ministerio Público, Lima 2001.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. IDEMSA, Lima, 1994.
- SCHÖNBOHM, HORST. Manual de sentencias penales. Aspectos generales de estructura, argumentación y valoración probatoria. Reflexiones y sugerencias. Impresiones Angélica E.I.R.L., Jr. Huamanga 145, Lima.
- TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Reforma SAC. Lima.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. "La defensa en el nuevo Código Procesal Penal". En: Estudios de Derecho Procesal Penal. Oré Guardia, Arsenio. Editorial Alternativas, Lima, 1993.
- TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina*. Librería del Profesional, Bogotá, 1990.
- VILELA CARBAJAL, Karla Patricia. *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2007,

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional Exp. N° 2005-2006-PHC/TC Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 04426-2012-PA/TC-Lima Unión Peruana de Los Adventistas Del Séptimo Dia Movimiento de Reforma (UPASDIAMOR).

LEYES

- Constitución Política del Estado, promulgada el 29 de diciembre de 1993. Edición del Congreso de la República, Marzo de 2015.
- Ley N° 28117 de celeridad y eficacia procesal promulgada el de noviembre de 2003.
- Ley N° 28121 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de diciembre de 2003, modifica los artículos 3 y 8 de la Ley N° 27411 sobre homonimia.
- Ley N° 29574 artículo 6 modifica el apartado 2 del artículo 94 del Decreto Legislativo N° 052 Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de setiembre de 2010.
- Ley N° 30076 para combatir la inseguridad ciudadana, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de agosto de 2013 modifica los artículos IV del Título Preliminar, 2, 32, 65, 67, 84, 85, 160, 161, 170, 268, 269, 274, 286, 287, 311, 332, 334, 386, 471 y 523 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957.
- Ley N° 30077 contra el crimen organizado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de agosto de 2013.
- Ley N° 30558 publicada en el boletín de Normas Legales del *diario oficial El Peruano* el 9 de mayo de 2017 reforma el literal f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú,

DECRETOS LEGISLATIVOS

- Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, promulgado el 10 de Marzo de 1981.
- Decreto Legislativo N° 638 de 25 de abril de 1991, que aprueba el Texto del Código Procesal Penal.
- Decreto Legislativo N° 1244 que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, promulgado por el Poder Ejecutivo el 29 de octubre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.
- Decreto Legislativo N° 1298 promulgado por el Poder Ejecutivo el 6 de enero de 2017 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506, modifica los artículos 261, 264, 266 y 267 del Código Procesal Penal, que regulan la detención preliminar judicial y la detención judicial en caso de flagrancia.
- Decreto Legislativo N° 1301 que modifica el CPP para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.
- Decreto Legislativo N° 1307 que modifica el CPP para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada, promulgado por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de 2016 al amparo de las facultades delegadas por la Ley N° 30506.

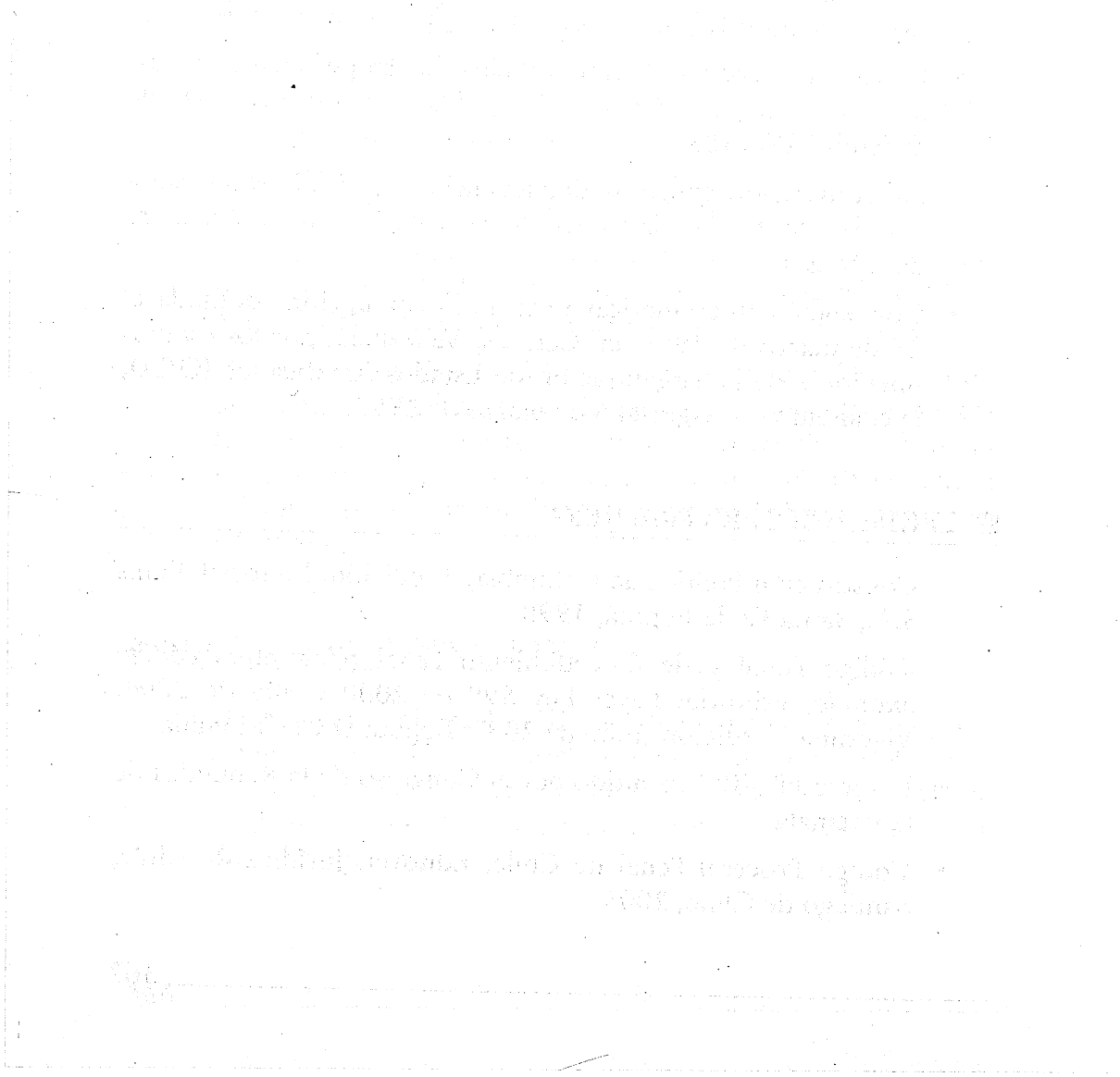
TRATADOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita y proclamada en Paris, Francia el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidad y aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Suscrito por el Perú el 11 de Agosto de 1977, aprobado por Decreto Ley N° 22128 del 12 de abril de 1978 y ratificado por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria del Título VIII de la Constitución Política de 1979.
- Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley N° 22231 publicado el 12 de julio de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979.
- Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptada en Viena (Austria) el 20 de diciembre de 1988.
- La Convención contra la delincuencia organizada transnacional fue adoptada en la ciudad de Palermo (Italia) en diciembre del año 2000.
- Convención Interamericana contra la corrupción adoptada el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Constitución Política de Colombia, 3ª edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1998.
- Código Penal y de Procedimiento Penal (Colombia) *código anotado,* Editorial Leyer Ley 599 de 2000 y 906 de 2004, Vigésima 2ª edición, Julio de 2007, Bogotá D.C. Colombia.
- Decreto N° 40-94 emitido por el Congreso de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.



Índice general

Introducción 5

Capítulo I
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL COMÚN

I. Antecedentes 11
II. Estructura del proceso penal común en el NCPP 15

Capítulo II
LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. La denuncia y los actos iniciales de investigación 19
II. Diligencias preliminares y facultades discrecionales del fiscal 22
1. Las diligencias preliminares en el NCPP 26
2. Finalidad de las diligencias preliminares 27
3. Plazos para las diligencias preliminares 28
4. Importancia de las diligencias preliminares 52
5. El plan estratégico de investigación 55

6. Alternativas que tiene el fiscal para calificar el resultado de las diligencias preliminares 57
6.1. Ordena el archivo definitivo de la denuncia 58
6.2. Dispone la intervención de la policía para la identificación del autor o partícipe 59
6.3. Dispone la reserva provisional de la investigación. 61
6.4. Hace uso de las salidas alternativas 73
III. Audiencias durante las diligencias preliminares 106
1. Audiencia de detención preliminar judicial 107
2. Audiencia de control del plazo de las diligencias preliminares 109
3. Audiencia de tutela de derechos 109
IV. Intervención de la Policía Nacional en la investigación del delito 111
1. Antecedentes históricos de la Policía Nacional 111
2. La policía en la legislación comparada 116
3. Policía Nacional del Perú intervención en investigación del delito 119
V. La investigación preparatoria 126
1. Concepto 126
2. Finalidad de la investigación preparatoria 128
3. Facultades del fiscal durante la investigación preparatoria. 129
3.1. Fundamento de la prueba anticipada 136
3.2. Requisitos de la prueba anticipada 137
4. Características 138
4.1. Facultades coercitivas del fiscal investigador 140
5. Plazos de la investigación preparatoria 140
6. Actos especiales de investigación y crimen organizado .. 143

6.1. Interceptación postal e intervención de comunicaciones 145
6.2. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos 151
6.3. Agente encubierto 154
6.4. Agente especial 159
6.5. Acciones de seguimiento y vigilancia 161
6.6. El proceso de colaboración eficaz 162
6.7. Medidas de protección 181
7. Audiencias que se desarrollan durante la investigación preparatoria 184
7.1. Audiencia de prisión preventiva 191
7.2. Audiencia de tutela de derechos del imputado 192
7.3. Audiencia de constitución en actor civil 192
7.4. Audiencia de tercero civil responsable 192
7.5. Audiencia de prueba anticipada 193
8. Conclusión de la investigación preparatoria 193
9. El juez de la investigación preparatoria 194

Capítulo III
LA ETAPA INTERMEDIA

I. Concepto 203
II. Características de la etapa intermedia 205
III. Audiencias que se llevan a cabo en la etapa intermedia 206
IV. El sobreseimiento 207
1. Concepto y notas características 207
2. Clases de sobreseimiento 210
3. Cuándo procede emitir el auto de sobreseimiento 212

4. Audiencia preliminar de control del requerimiento del sobreseimiento 222
5. Pronunciamiento del juez de la investigación preparatoria 222
5.1. Emitir el auto de sobreseimiento 222
5.2. Disponer la elevación de los actuados al fiscal superior 223
5.3. Disponer la realización de una investigación suplementaria 225
V. Requerimiento de acusación 225
1. Concepto 225
2. Requisitos de la acusación fiscal 227
3. Notas esenciales de la acusación fiscal 229
4. Audiencia preliminar de control de la acusación 232
5. Decisiones que se pueden adoptar en la audiencia preliminar 234
6. El auto de enjuiciamiento 243

Capítulo IV
LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

I. Concepto 249
1. Preparación del juicio oral 251
II. Rol y facultades del juez en el juicio oral o juzgamiento 252
1. Los juzgados penales colegiados 252
2. Los juzgados penales unipersonales 253
3. Juez de apelaciones 255
4. Juez de casación 256
5. Perfil del juez 257

III. Principios que rigen el juicio oral en el CPP 260
1. El principio acusatorio 261
2. El principio de oralidad 268
3. El principio de publicidad del juicio 270
4. El principio de inmediación 272
5. El principio de contradicción 274
6. El principio de igualdad de armas 275
7. El principio de la presunción de inocencia 276
8. El principio de inviolabilidad del derecho de defensa 278
9. El principio de identidad personal 279
10. El principio de unidad y concentración 280
IV. Características del juicio oral 282
V. Inicio del juicio oral o juzgamiento 283
1. Auto de citación a juicio 283
2. La preparación del debate 284
3. Instalación de la audiencia 285
4. Desarrollo del juicio 286
4.1. Apertura del juicio y posición de las partes 286
4.2. Características de la teoría del caso 288
5. Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio. 289
5.1. Clases de conformidad 291
5.2 Solicitud de nueva prueba 293
6. Actuación probatoria (art. 375) 293
6.1. Declaración del acusado (art. 376) 295
6.2. Examen de testigos y peritos 296
6.3. Actuación de la prueba material 307
6.4. Lectura de la prueba documental 308

6.5. Otros medios de prueba y prueba de oficio 309
6.6. Alegatos finales o alegatos de clausura 310
6.7. Autodefensa del acusado 313
6.8. Deliberación y sentencia (art. 392) 313
VI. Desvinculación procesal y debido proceso 322
1. Principio acusatorio 322
2. Principio de congruencia 324
3. Principio de contradicción 325
4. Principio de igualdad de armas 326
5. Derecho de defensa 327
6. Derecho al debido proceso 329
VII. Impugnación 333
1. Preceptos generales 333
1.1. Legitimación de las partes para recurrir 336
1.2. Presupuestos de la impugnación 337
1.3. Clases de recursos y plazos para interponerlos 338
2. Recurso de apelación 338
3. Recurso de casación 340
3.1. Funciones 342
3.2. Procedencia 343
3.3. Interposición y admisión 344
3.4. Preparación y audiencia 345
3.5. Competencia 345
4. La condena en segunda instancia del absuelto 346
4.1. La condena del absuelto. Posiciones 347

Bibliografía 359
Índice general 369