

EL PROCESO PENAL

I U S T I T I A

Pablo Sánchez Velarde

EL PROCESO PENAL



I U S T I T I A

Primera edición: enero de 2020

© 2020, **El Proceso Penal**

© 2020, **Pablo Sánchez Velarde**

© 2020, **Editorial Iustitia S. A. C.**

Jr. Azángaro 1077, Lima
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881
mentejuridica@hotmail.com
www.grijley.com

Composición e Impresión:

Editora Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1075, Lima
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714
elay_grijley@hotmail.com

Diseño y Diagramación

Libia Huamalí Sánchez

Tiraje: 1 000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2020-00306
Registro del Proyecto Editorial: 31501012000025
ISBN: 978-612-4362-23-1

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.º 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

ÍNDICE



| | |
|--------------------|----|
| Presentación | 27 |
|--------------------|----|

PARTE I ASPECTOS GENERALES DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Capítulo I GARANTÍAS, DERECHOS Y/O PRINCIPIOS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

| | |
|--|----|
| I. Garantías de la justicia penal | 35 |
| II. Presunción de inocencia | 40 |
| III. Prohibición de persecución penal múltiple | 42 |
| IV. Titularidad de la acción penal pública..... | 44 |
| V. Dirección judicial..... | 45 |
| VI. Legalidad de las medidas limitativas de derechos..... | 45 |
| VII. Vigencia e interpretación de la Ley Procesal Penal..... | 46 |
| VIII. Legitimidad de la prueba | 47 |

| | |
|--|----|
| IX. Derecho de defensa..... | 48 |
| X. Prevalencia normativa del Título Preliminar | 48 |

Capítulo II

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

| | |
|-------------------------------------|----|
| 1. Dinámica del proceso penal | 49 |
| 2. Etapas del proceso penal | 51 |
| 3. Organización fiscal..... | 53 |
| 4. Organización judicial | 54 |

Capítulo III

DERECHO PROCESAL PENAL, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

| | |
|--|----|
| 1. Concepto de Derecho Procesal Penal..... | 59 |
| 2. Características del Derecho Procesal Penal..... | 60 |
| 3. Relaciones del Derecho Procesal Penal con otras disciplinas | 61 |
| 4. Jurisdicción..... | 62 |
| 4.1 Características | 64 |
| 4.2 Jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar | 68 |
| 5. Competencia | 70 |
| 5.1 Criterios de determinación de la competencia..... | 71 |
| 5.1.1 Competencia objetiva y funcional | 72 |
| 5.1.2 Competencia territorial..... | 75 |
| 5.1.3 Competencia por conexión | 78 |

| | | |
|-------|--|----|
| 5.2 | Cuestiones de competencia | 81 |
| 5.3 | Acumulación y desacumulación de procesos | 84 |
| 5.4 | Inhibición y recusación | 85 |
| 5.4.1 | La inhibición | 86 |
| 5.4.2 | La recusación..... | 89 |
| 5.5 | La exclusión del fiscal..... | 92 |

Capítulo IV

LOS SUJETOS PROCESALES

| | | |
|-----|---|-----|
| 1. | Introducción..... | 95 |
| 2. | El juez penal | 96 |
| 2.1 | La intervención del juez en el proceso penal ordinario..... | 96 |
| 2.2 | Etapas del proceso penal y las funciones del juez penal | 98 |
| 3. | El Ministerio Público..... | 99 |
| 3.1 | Diseño constitucional..... | 99 |
| 3.2 | Principios que orientan su actividad | 100 |
| 4. | El imputado y su defensa | 105 |
| 4.1 | Concepto | 105 |
| 4.2 | Derecho de defensa. Manifestaciones..... | 106 |
| 4.3 | Abogado defensor. Derechos..... | 108 |
| 5. | Las personas jurídicas | 109 |
| 6. | La víctima, el agraviado y el actor civil..... | 110 |
| 7. | El querellante particular | 112 |
| 8. | El tercero civil..... | 113 |

PARTE II
ETAPAS DEL PROCESO PENAL

Capítulo I
LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | Cuestiones preliminares | 117 |
| 2. | Régimen de la denuncia..... | 118 |
| 3. | Rol del Ministerio Público y la Policía..... | 120 |
| 3.1 | Rol del Ministerio Público | 120 |
| 3.2 | Rol de la Policía Nacional | 123 |
| 3.3 | Coordinación entre el Ministerio Público y la Policía Nacional ... | 129 |
| 4. | Diligencias propias de la Investigación Preliminar | 129 |
| 4.1 | Declaraciones policiales..... | 130 |
| 4.2 | Pericias | 131 |
| 4.3 | Actas policiales..... | 133 |
| 5. | El informe policial | 135 |
| 6. | Intervención judicial y medidas coercitivas personales | 137 |
| 7. | Intervención de la defensa..... | 137 |
| 8. | Plazo de la Investigación Preliminar..... | 138 |
| 9. | Posibilidades de decisión del fiscal investigador | 142 |
| 10. | Prohibición de nueva denuncia | 144 |
| 11. | El Principio de oportunidad..... | 145 |
| 11.1 | Nociones preliminares..... | 145 |
| 11.2 | Supuestos de oportunidad..... | 147 |
| 11.3 | Procedimiento a seguir..... | 151 |

| | |
|--|-----|
| 11.4 El acuerdo reparatorio | 153 |
| 11.5 El llamado acuerdo notarial..... | 154 |
| 11.6 Efectos de la aplicación del principio de oportunidad | 155 |

Capítulo II

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

| | |
|---|-----|
| 1. Ideas preliminares | 157 |
| 2. El Ministerio Público continúa con la investigación | 158 |
| 3. Líneas rectoras de la investigación preparatoria | 160 |
| 4. Finalidad, características y efectos de la investigación preparatoria .. | 162 |
| 4.1 Finalidad..... | 162 |
| 4.2 Características | 162 |
| 4.3 Efectos..... | 163 |
| 5. Formalización y continuación de la investigación | 164 |
| 5.1 Presupuestos | 164 |
| 5.2 Contenido de la disposición fiscal..... | 167 |
| 6. La función del juez de la Investigación Preparatoria | 167 |
| 7. Las principales diligencias | 168 |
| 7.1 La declaración del imputado | 169 |
| 7.2 La declaración de los testigos | 172 |
| 7.2.1 Abstenciones al rendir la declaración testimonial | 173 |
| 7.2.2 Testimonios de altas autoridades y casos especiales ... | 174 |
| 7.2.3 Reconocimiento efectuado por testigo | 175 |
| 7.3 La declaración del agraviado | 176 |
| 7.4 La pericia..... | 176 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 7.4.1 | El perito | 177 |
| 7.4.2 | Características de la pericia..... | 177 |
| 7.4.3 | Los peritos oficiales y los de parte..... | 178 |
| 7.4.4 | Contenido del informe pericial oficial | 179 |
| 7.4.5 | El examen o explicación pericial..... | 179 |
| 7.5 | El careo..... | 180 |
| 7.6 | Los documentos | 181 |
| 7.6.1 | Reconocimiento de documento..... | 182 |
| 7.6.2 | Visualización de documento | 182 |
| 7.7 | El reconocimiento de personas..... | 182 |
| 7.8 | La inspección judicial y la reconstrucción | 183 |
| 7.9 | Las diligencias especiales | 185 |
| 7.9.1 | El levantamiento de cadáver..... | 185 |
| 7.9.2 | La necropsia | 186 |
| 7.9.3 | El embalsamamiento de cadáver..... | 186 |
| 7.9.4 | El examen de vísceras y materias sospechosas | 186 |
| 7.9.5 | El examen por lesiones y agresión sexual..... | 187 |
| 7.9.6 | El examen en caso de aborto. Preexistencia de em- barazo..... | 187 |
| 7.9.7 | La preexistencia del bien patrimonial | 188 |
| 8. | Actos especiales de investigación..... | 188 |
| 8.1 | Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos | 188 |
| 8.2 | El agente encubierto y el agente especial | 189 |
| 8.3 | Operaciones encubiertas..... | 190 |
| 9. | Plazo de la Investigación Preparatoria | 190 |
| 10. | La reserva y el secreto de las investigaciones..... | 192 |

Capítulo III

LA ETAPA INTERMEDIA

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Naturaleza jurídica..... | 195 |
| 2. | El sobreseimiento y su audiencia de control | 196 |
| 3. | La acusación fiscal | 199 |
| | 3.1 Contenido de la acusación fiscal | 200 |
| | 3.2 Características complementarias | 205 |
| | 3.3 Esquema formal de la acusación escrita o el requerimiento de acusación | 206 |
| | 3.4 Trámite del requerimiento acusatorio | 206 |
| 4. | La audiencia preliminar de control de acusación y decisiones adoptadas | 210 |
| 5. | El auto de enjuiciamiento | 213 |
| 6. | Auto de citación a juicio | 214 |
| 7. | Duración de la Etapa Intermedia | 215 |

Capítulo IV

LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Concepto..... | 217 |
| 2. | Principios rectores..... | 218 |
| 3. | Características principales | 221 |
| 4. | Actos previos e iniciales del juicio oral..... | 223 |
| 5. | Desarrollo del juicio oral..... | 226 |
| | 5.1 La conclusión anticipada del juicio oral o conformidad | 226 |
| | 5.2 La admisión de prueba nueva en juicio oral..... | 228 |
| | 5.3 Posibilidad de ampliación de cargos de la incriminación | 228 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 5.4 | Orden en el examen de la prueba..... | 229 |
| 5.4.1 | El examen del acusado | 230 |
| 5.4.2 | El examen de testigos y peritos | 231 |
| 5.4.3 | El examen de la prueba material..... | 234 |
| 5.4.4 | La oralización de la prueba documental | 234 |
| 5.5 | Prueba de oficio | 236 |
| 5.6 | Los alegatos finales | 237 |
| 6. | Técnicas de intervención oral | 239 |
| 6.1 | Introducción..... | 239 |
| 6.2 | Teoría del caso | 240 |
| 6.2.1 | Importancia y utilidad..... | 242 |
| 6.2.2 | Características..... | 243 |
| 6.2.3 | Construcción de la teoría del caso | 243 |
| 6.3 | Estrategias para la comunicación. Las técnicas de intervención oral..... | 245 |
| 6.3.1 | El alegato de apertura | 245 |
| 6.3.2 | El examen o interrogatorio directo..... | 246 |
| 6.3.3 | El contraexamen o contrainterrogatorio | 249 |
| 6.3.4 | Objeciones..... | 251 |
| 6.3.5 | Alegato de clausura | 252 |
| 7. | La sentencia penal..... | 255 |
| 7.1 | Definición y características principales..... | 255 |
| 7.2 | La sentencia absolutoria | 258 |
| 7.3 | La sentencia condenatoria | 259 |
| 7.4 | La impugnación..... | 260 |
| 8. | La ejecución de la sentencia | 261 |

PARTE III
LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Capítulo I
LA PRUEBA PENAL

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Aspectos generales | 267 |
| 2. | Concepto de prueba..... | 268 |
| 3. | Marco constitucional | 269 |
| 4. | Principios que rigen la actividad probatoria..... | 270 |
| 5. | Conceptos previos: medio, fuente y órgano de prueba | 274 |
| 6. | Objeto de prueba..... | 275 |
| 7. | Excepciones a la práctica de prueba en juicio oral..... | 277 |
| | 7.1 La prueba anticipada..... | 278 |
| | 7.1.1 Características..... | 278 |
| | 7.1.2 Supuestos de prueba anticipada..... | 279 |
| | 7.1.3 Requisitos y trámite de la prueba anticipada (Art. 243-245) | 280 |
| | 7.2 La prueba preconstituida..... | 281 |
| 8. | La prueba prohibida | 283 |
| | 8.1 Concepto..... | 283 |
| | 8.2 Regla de exclusión de la prueba prohibida | 285 |
| | 8.3 Excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida ... | 286 |
| 9. | Los actos de investigación y los actos de prueba. Diferencias..... | 289 |

Capítulo II
MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR
Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

| | | |
|-----|--|-----|
| 1. | La confesión | 293 |
| 1.1 | Características | 294 |
| 1.2 | Confesión sincera y espontánea | 296 |
| 1.3 | La retractación de la confesión | 297 |
| 2. | La prueba testimonial | 297 |
| 2.1 | El testimonio | 298 |
| 2.2 | Características del testimonio | 299 |
| 2.3 | Clases de testigos | 301 |
| 2.4 | Obligación de testimoniar | 302 |
| 2.5 | No obligatoriedad del testimonio | 304 |
| 3. | El careo | 306 |
| 3.1 | Naturaleza jurídica | 307 |
| 3.2 | Características del careo | 308 |
| 4. | La prueba pericial | 309 |
| 4.1 | Concepto | 309 |
| 4.2 | El perito | 309 |
| 4.3 | El informe pericial | 311 |
| 4.4 | El examen pericial | 312 |
| 5. | La prueba documental | 312 |
| 5.1 | Concepto | 312 |
| 5.2 | El documento como objeto y medio de prueba | 313 |
| 5.3 | Clases de documentos | 314 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 5.4 | Obligatoriedad de presentar, exhibir o permitir el conocimiento de documentos. Orden de incautación | 316 |
| 5.5 | Reconocimiento de documentos | 316 |
| 5.6 | Otras características..... | 317 |
| 6. | Valoración de la prueba..... | 317 |
| 6.1 | Concepto básico | 317 |
| 6.2 | Sistemas de valoración de la prueba..... | 319 |
| 6.3 | La valoración de la prueba y el <i>in dubio pro reo</i> | 320 |
| 6.4 | Reglas a observar en la valoración de la prueba..... | 321 |
| 6.5 | Criterios particulares de valoración..... | 322 |
| 6.5.1 | Valoración de la declaración de testigos de referencia, de arrepentidos o de colaboradores | 322 |
| 6.5.2 | Valoración de la prueba indiciaria..... | 322 |

Capítulo III

BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

| | | |
|-----|--|-----|
| 1. | Introducción..... | 329 |
| 2. | Concepto..... | 330 |
| 3. | Principios | 330 |
| 3.1 | Principio de legalidad..... | 331 |
| 3.2 | Principio de suficiencia indiciaria..... | 331 |
| 3.3 | Principio de jurisdiccionalidad..... | 332 |
| 3.4 | Principio de motivación | 332 |
| 3.5 | Principio de proporcionalidad | 332 |
| 4. | Medidas en particular..... | 333 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4.1 | Control de identidad policial..... | 333 |
| 4.1.1 | Concepto..... | 334 |
| 4.1.2 | Reglas en el desarrollo de esta medida..... | 335 |
| 4.1.3 | Intervención fiscal..... | 337 |
| 4.1.4 | Controles policiales públicos..... | 339 |
| 4.2 | La videovigilancia..... | 340 |
| 4.2.1 | Concepto..... | 340 |
| 4.2.2 | Ámbito de aplicación..... | 341 |
| 4.2.3 | Ejecución..... | 341 |
| 4.2.4 | Intervención fiscal..... | 342 |
| 4.3 | Las pesquisas, la retención y el registro de personas..... | 343 |
| 4.3.1 | Las pesquisas..... | 343 |
| 4.3.2 | Retención..... | 344 |
| 4.3.3 | Registro..... | 346 |
| 4.4 | La intervención corporal..... | 347 |
| 4.4.1 | Concepto..... | 347 |
| 4.4.2 | Clases de intervenciones..... | 348 |
| 4.5 | El allanamiento..... | 351 |
| 4.5.1 | La inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental..... | 351 |
| 4.5.2 | Concepto..... | 352 |
| 4.5.3 | Presupuestos..... | 352 |
| 4.5.4 | Desarrollo de la medida..... | 353 |
| 4.6 | La exhibición forzosa e incautación de bienes..... | 354 |
| 4.6.1 | Concepto..... | 354 |
| 4.6.2 | Presupuestos..... | 354 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 4.6.3 | Desarrollo de la medida | 355 |
| 4.6.4 | Exhibición e incautación de documentos no privados... | 355 |
| 4.7 | El control de las comunicaciones, interceptación e incautación postal..... | 356 |
| 4.7.1 | La inviolabilidad de las comunicaciones y de documentos privados como derecho fundamental | 356 |
| 4.7.2 | Concepto..... | 357 |
| 4.7.3 | Requerimiento fiscal y resolución judicial..... | 357 |
| 4.7.4 | Ejecución de la medida | 357 |
| 4.7.5 | Requerimiento a tercera persona..... | 358 |
| 4.8 | La intervención, la grabación o el registro de comunicaciones y telecomunicaciones..... | 358 |
| 4.8.1 | Derechos fundamentales e intervención..... | 358 |
| 4.8.2 | Concepto..... | 359 |
| 4.8.3 | Procedimiento | 360 |
| 4.9 | Aseguramiento e incautación de documentos privados..... | 362 |
| 4.10 | El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria..... | 363 |
| 4.10.1 | Protección constitucional del secreto bancario y de la reserva tributaria..... | 363 |
| 4.10.2 | Procedimiento en materia de levantamiento del secreto bancario..... | 365 |
| 4.10.3 | Aplicación análoga en el caso de levantamiento de reserva tributaria..... | 365 |
| 4.11 | Clausura o vigilancia de locales e inmovilización | 366 |
| 4.11.1 | Concepto..... | 366 |
| 4.11.2 | Características..... | 366 |
| 4.11.3 | Procedimiento | 367 |

PARTE IV
MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Capítulo Único
MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

| | | |
|-------|---|-----|
| 1. | Aspectos generales | 371 |
| 2. | Concepto..... | 372 |
| 3. | Los principios rectores..... | 373 |
| 4. | Presupuestos | 375 |
| 5. | Clasificación | 376 |
| 6. | Medidas de coerción personal | 377 |
| 6.1 | La detención..... | 378 |
| 6.1.1 | La detención policial..... | 378 |
| 6.1.2 | El arresto ciudadano | 380 |
| 6.1.3 | Detención preliminar por mandato judicial | 381 |
| 6.1.4 | Detención preliminar incomunicada..... | 383 |
| 6.1.5 | Detención judicial en caso de flagrancia | 384 |
| 6.2 | Prisión preventiva | 385 |
| 6.2.1 | Presupuestos | 385 |
| 6.2.2 | Características..... | 396 |
| 6.2.3 | Duración | 398 |
| 6.2.4 | La impugnación..... | 403 |
| 6.2.5 | La incomunicación | 404 |
| 6.2.6 | La cesación o variación de la prisión preventiva..... | 405 |
| 6.3 | La comparecencia | 405 |
| 6.3.1 | Comparecencia simple | 406 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 6.3.2 | Comparecencia con restricciones | 406 |
| 6.4 | La detención domiciliaria | 408 |
| 6.5 | La internación preventiva..... | 409 |
| 6.6 | El impedimento de salida del país | 410 |
| 6.7 | La suspensión preventiva de derechos..... | 411 |
| 7. | Medidas de coerción real..... | 412 |
| 7.1 | El embargo | 413 |
| 7.2 | Otras medidas reales | 415 |
| 7.2.1 | Orden de inhibición..... | 415 |
| 7.2.2 | El desalojo preventivo..... | 415 |
| 7.2.3 | Medidas anticipadas | 416 |
| 7.2.4 | Medidas preventivas contra personas jurídicas | 416 |
| 7.2.5 | Pensión anticipada de alimentos | 417 |
| 7.3 | La incautación | 418 |
| 7.3.1 | Objeto de incautación..... | 419 |
| 7.3.2 | Bienes incautados..... | 420 |

PARTE V

PROCESOS ESPECIALES

Capítulo Único

PROCESOS ESPECIALES

| | | |
|-----|------------------------------|-----|
| 1. | Introducción..... | 423 |
| 2. | El proceso inmediato | 424 |
| 2.1 | Supuestos de aplicación..... | 425 |
| 2.2 | Trámite y resolución..... | 427 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 2.3 | Proceso inmediato y acusación directa: diferencias..... | 429 |
| 3. | El proceso por razón de la función pública..... | 430 |
| 3.1 | Proceso por delito de función atribuida a altos funcionarios públicos | 430 |
| 3.1.1 | Altas autoridades que comprende..... | 432 |
| 3.1.2 | Normas específicas de procedimiento..... | 432 |
| 3.2 | El proceso por delito común atribuido a congresistas y otros altos funcionarios públicos | 436 |
| 3.3 | El proceso por delito de función atribuido a otros funcionarios públicos (magistrados y procuradores) | 437 |
| 4. | El proceso de seguridad | 438 |
| 4.1 | Instauración del proceso..... | 439 |
| 4.2 | Características del proceso..... | 440 |
| 4.3 | Reconversión al proceso ordinario..... | 441 |
| 5. | El proceso por delito de ejercicio privado de la acción | 442 |
| 5.1 | Trámite del proceso: control de admisibilidad, investigación preliminar, auto de citación a juicio, audiencia, sobreseimiento y medidas cautelares..... | 442 |
| 5.2 | Abandono, desistimiento y muerte o incapacidad del quere- llante..... | 444 |
| 5.3 | La impugnación..... | 445 |
| 6. | El proceso de terminación anticipada | 445 |
| 6.1 | El acuerdo o negociación entre las partes..... | 446 |
| 6.2 | Oportunidad de su aplicación y sujetos procesales legitimados.. | 448 |
| 6.3 | Ámbito de aplicación | 450 |

| | | |
|------|---|-----|
| 6.4 | Normas de procedimiento..... | 451 |
| 6.5 | Audiencia especial y privada..... | 453 |
| 6.6 | Control y Resolución Judicial..... | 453 |
| 6.7 | Apelación..... | 454 |
| 6.8 | Casos complejos..... | 455 |
| 7. | Proceso especial por colaboración eficaz..... | 456 |
| 7.1 | Naturaleza jurídica..... | 457 |
| 7.2 | Principios que rigen este proceso especial..... | 457 |
| 7.3 | Características principales..... | 458 |
| 7.4 | Ámbito de aplicación..... | 459 |
| 7.5 | Beneficios que se otorgan..... | 459 |
| 7.6 | Normas de procedimiento..... | 460 |
| 7.7 | Acuerdos..... | 462 |
| 7.8 | Control judicial del acuerdo..... | 462 |
| 7.9 | Obligaciones del beneficiado..... | 463 |
| 7.10 | Revocatoria de los beneficios..... | 464 |
| 8. | Proceso por faltas..... | 465 |
| 8.1 | Naturaleza jurídica..... | 465 |
| 8.2 | Competencia..... | 466 |
| 8.3 | Normas de procedimiento..... | 466 |
| 8.4 | Impugnación..... | 468 |

PARTE VI
MEDIOS IMPUGNATORIOS

Capítulo Único
MEDIOS IMPUGNATORIOS

| | | |
|-------|---|-----|
| 1. | Introducción..... | 471 |
| 2. | Principios que orientan los recursos | 473 |
| 2.1 | Principio de legalidad..... | 473 |
| 2.2 | Principio de trascendencia..... | 473 |
| 2.3 | Principio dispositivo | 474 |
| 2.4 | Principio de prohibición de reforma en peor | 474 |
| 2.5 | Principio de inmediación..... | 475 |
| 3. | Efectos | 475 |
| 4. | Clasificación de los recursos | 476 |
| 5. | Los recursos en el Código Procesal Penal 2004 | 477 |
| 5.1 | Características comunes | 477 |
| 5.2 | El recurso de reposición | 478 |
| 5.3 | El recurso de apelación..... | 479 |
| 5.3.1 | Concepto, finalidad y ámbito | 479 |
| 5.3.2 | Características | 480 |
| 5.3.3 | Apelación contra autos..... | 481 |
| 5.3.4 | Apelación contra sentencias..... | 482 |
| 5.4 | El recurso de casación | 487 |
| 5.4.1 | Concepto y funciones | 487 |
| 5.4.2 | Procedencia ordinaria | 488 |
| 5.4.3 | Procedencia excepcional | 489 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 5.4.4 | Inadmisibilidad y causales o motivos de casación | 490 |
| 5.4.5 | Sentencia de casación y efectos..... | 493 |
| 5.5 | El recurso de queja de derecho | 494 |
| 6. | La revisión de la sentencia (acción de impugnación) | 495 |
| 6.1 | Concepto..... | 495 |
| 6.2 | Supuestos de aplicación..... | 497 |
| 6.3 | Interposición, trámite y sentencia..... | 499 |

PARTE VII

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

Capítulo Único

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

| | | |
|-----|---|-----|
| 1. | Marco normativo nacional e internacional..... | 503 |
| 2. | Los actos de cooperación judicial internacional..... | 505 |
| 3. | La autoridad central..... | 506 |
| 4. | La extradición..... | 507 |
| 5. | Clases de extradición..... | 508 |
| 5.1 | La extradición pasiva..... | 508 |
| 5.2 | La extradición activa | 509 |
| 6. | Asistencia judicial internacional..... | 510 |
| 7. | Cooperación con la Corte Penal Internacional..... | 510 |
| 8. | La detención preventiva con fines de extradición..... | 511 |
| 9. | La extradición simplificada y de tránsito | 512 |
| 10. | Las cartas rogatorias y las diligencias en el exterior..... | 512 |
| 11. | Cumplimiento de las condenas..... | 513 |

ANEXOS

I.

CASACIONES RELEVANTES

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Principios, derechos y/o garantías del proceso penal..... | 519 |
| | 1.1 Presunción de inocencia y reglas de prueba. | |
| | Casación N.º 603-2015/Madre de Dios | 519 |
| | 1.2 Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el principio de gratuidad. | |
| | Casación N.º 172-2011/Lima. | 520 |
| | 1.3 Motivación escrita de las resoluciones. Transcripción de las de- | |
| | cisiones emitidas. | |
| | Casación N.º 159-2011/Huaura | 521 |
| 2. | Sujetos procesales | 524 |
| | 2.1 Actuación del Ministerio Público e interrupción del plazo de | |
| | prescripción. | |
| | Casación N.º 347-2011/Lima. | 524 |
| | 2.2 Legitimación del agraviado en el proceso penal. | |
| | Casación N.º 353-2011/Arequipa | 523 |
| 3. | Proceso común | 526 |
| | 3.1 Inicio de las diligencias preliminares. | |
| | Casación N.º 66-2010/Puno | 526 |
| | 3.2 Efectos de la formalización de la Investigación Preparatoria. | |
| | Casación N.º 332-2015/Del Santa | 527 |
| | 3.3 Control formal y material de la acusación fiscal. | |
| | Casación N.º 760-2016/La Libertad | 530 |
| | 3.4 ¿Es posible impugnar resoluciones desestimatorias de excep- | |
| | ciones expedidas durante la Etapa Intermedia? | |
| | Casación N.º 893-2016/Lambayeque..... | 532 |
| 4. | Prueba penal..... | 534 |
| | 4.1 Valor probatorio de la declaración del testigo de referencia. | |
| | Casación N.º 158-2016/Huaura | 534 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 4.2 | Diferencias entre prueba irregular y prueba ilícita. Casación N.° 591-2015/Huánuco..... | 535 |
| 5. | Medidas de coerción..... | 537 |
| 5.1 | Prisión preventiva: presupuestos y audiencia. Casación N.° 626-2013/Moquegua..... | 537 |
| 5.2 | Prolongación de prisión preventiva: facultades del juez de Investigación Preparatoria. Casación N.° 328-2012/Ica..... | 538 |
| 5.3 | Ratifican que prórroga o ampliación de prisión preventiva es una figura procesal inexistente. Casación N.° 708-2016/Apurímac..... | 540 |
| 5.4 | Plazo para solicitar la confirmatoria de una incautación en casos de flagrancia delictiva. Casación N.° 57-2010/La Libertad..... | 542 |
| 5.5 | Prolongación del registro personal. Casación N.° 253-2013/Puno..... | 543 |
| 6. | Procesos especiales..... | 544 |
| 6.1 | Sobre el delito flagrante en el proceso inmediato. Casación N.° 842-2016/Sullana..... | 544 |
| 6.2 | ¿Puede el juez adecuar un proceso común a un proceso inmediato? Casación N.° 244-2016/La Libertad..... | 546 |
| 7. | Medios impugnatorios..... | 547 |
| 7.1 | Audiencia de apelación y presencia del imputado. Casación N.° 183-2011/Huaura..... | 547 |
| 7.2 | Excepciones al principio de inmediación en la valoración de la prueba personal en segunda instancia. Casación N.° 634-2014/Arequipa..... | 549 |

**II.
DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS RELEVANTES**

1. Resolución de la Fiscalía de la Nación N.° 1245-2018. “Reglamento del Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio”..... 557
2. Decreto Supremo N.° 007-2017-JUS. “Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz”..... 565

PRESENTACIÓN

Luego de diez años de haberse publicado mi libro “El Nuevo Proceso Penal”, el cual fue reimpresso en muchas oportunidades, presento a la comunidad jurídica, este nuevo título “**El proceso penal**”, que sigue el mismo estilo y claridad, pero con renovado contenido conforme a los cambios normativos y jurisprudenciales.

En los últimos años, el proceso penal se ha convertido en el centro de la atención ciudadana, debido a que sus disposiciones han permitido investigar y sancionar los casos mas graves y escandalosos que se han cometido en nuestro país, relacionados a la corrupción, lavado de activos y de crimen organizado, y que han generado el interés nacional e internacional; pero, también, ha sido importante la respuesta inmediata y firme de los fiscales, jueces y policías especializados que han estado a la altura de tales circunstancias para lograr su cometido. Para ello, el instrumento jurídico utilizado es el proceso penal moderno y sus leyes de complemento.

Como sabemos, el proceso penal es el medio por el cual se aplica la Ley Penal y, con el paso del tiempo, ha ido orientándose hacia un sistema de corte acusatorio y rodeado de garantías. En nuestro país, como ya se ha dicho, tenemos un Código Procesal moderno desde el 2004 y en aplicación progresiva desde el 2006, faltando solo la implementación en una parte del territorio de Lima. Hemos sido testigos de su desarrollo y sus bondades; pero, también, de las dificultades presupuestarias de su implementación y de la ausencia

del interés necesario de algunas de las autoridades gubernamentales. Los resultados sobre las mejoras en el sistema de justicia se conocerán con la misma progresión que se implementó y que, además del apoyo logístico que requiere, dependerá mucho de la línea interpretativa uniforme de los jueces, fiscales y juristas.

El presente libro busca introducir al lector en el actual sistema de justicia penal, que trae consigo instituciones con las garantías suficientes dentro del mismo procedimiento a favor del justiciable y de la víctima, sustentándose en principios constitucionales de singular importancia, las etapas del proceso, las características más importantes de los sujetos procesales, las reglas de la competencia, la actividad probatoria, la acusación fiscal y su control en fase intermedia, el juicio oral, sus características relevantes y las llamadas técnicas de intervención oral.

La existencia de procesos especiales, analizados en esta obra, genera mayor agilidad en la resolución de los casos y propicia una justicia rápida, sobre todo en los supuestos de flagrancia, que demanda la sociedad.

Escribir un libro que sea aceptado por la comunidad jurídica no es una tarea sencilla. La función de Fiscal de la Nación, difícil en su inicio como en el final de nuestra gestión, pero satisfactoria por sus resultados, se priorizó ante mi producción académica.

Para los fines de esta edición he contado con el apoyo de jóvenes juristas en la Ciencia Procesal que, por su trabajo serio y riguroso, pueden ser considerados, también, como autores de esta obra. Me refiero a Micaela Yupanqui Aduviri, Fiscal Titular de Lima y asistente de cátedra en mi querida Facultad de Derecho de San Marcos; Daniel Pisfil Flores, magister e investigador, actual Jefe del Gabinete de Asesores de la Fiscalía de la Nación, y Piero Sánchez Navarro, abogado especializado en temas anticorrupción y litigación oral. Con seguridad, formarán parte del cuadro futuro de grandes procesalistas.

No quiero culminar esta presentación sin antes expresar mi agradecimiento a mi familia por el apoyo que siempre me han brindado tanto en mi labor académica como fiscal; a mis maestros y amigos José Hurtado Pozo y Juan Montero Aroca, por sus sabias enseñanzas y consejos; también, a aquellas personas que, al igual que mis alumnos de pre y posgrado y de la Academia de la Magistratura, han alentado la culminación de este libro y quienes son los que han mantenido latente nuestro interés por el estudio de la Ciencia Procesal y su enseñanza. Finalmente, deseo expresar mi agradecimiento a la casa editora por la publicación de este libro y, a la vez, espero que este sea de mucha utilidad para los jueces, fiscales, abogados y estudiantes universitarios.

Lima, noviembre de 2019

Pablo Sánchez Velarde

Parte I

ASPECTOS GENERALES
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Capítulo I

GARANTÍAS, DERECHOS Y/O PRINCIPIOS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Los principios fundamentales del quehacer jurídico se consagran principalmente en la Constitución Política. En materia procesal penal rigen dos principios generales del derecho procesal: el debido proceso y la tutela jurisdiccional. No obstante, las leyes son el desarrollo de la carta constitucional y como tal encuentran en esta los pilares o principios rectores, derechos y garantías sobre los cuales se establece el comportamiento de las personas, las disposiciones que se aplican y el procedimiento que se tiene que seguir. De allí que el legislador, a tono con los códigos modernos, introduzca un Título Preliminar con la finalidad de delinear y reiterar los principios de orden constitucional y supranacional que lo inspiran, asimismo con el objetivo de propugnar una mejor forma de interpretación de sus normas.

Analicemos breve, pero puntualmente, los principios que establece el CPP 2004 y sus principales características:

I. GARANTÍAS DE LA JUSTICIA PENAL

El artículo I, apartado 1, consagra como principio la *gratuidad de la justicia penal*, principio constitucional (art. 139.16), regulado también en la LOPJ. Así, se destaca que esta gratuidad es para aquellas personas que no tienen recursos económicos para solventar los gastos

generados por un proceso judicial (art. 295 y ss. de la LOPJ). El CPP 2004 señala que la gratuidad no comprende el pago de las costas del proceso. Se prevé entonces que la justicia penal es gratuita para aquellas personas de escasos recursos económicos; en tal sentido, el Estado –a través del Ministerio de Justicia– provee al proceso de defensores públicos desde la investigación preliminar. De tal manera no solo se garantiza el derecho a la defensa y a la igualdad de armas, sino también se mantiene el equilibrio judicial necesario para la viabilidad del procedimiento. Ahora bien, es posible que –en la práctica y por la urgencia del caso– la defensa pública brinde asesoría, tanto a los imputados de escasos recursos, como a aquellos que sí los tienen, pero que necesitan de su defensor para que cuiden de sus derechos constitucionales y procesales. El tema a discutir es: si el mismo derecho, a la defensa gratuita, rige para la víctima o agraviado del delito que no tiene recursos para contratar los servicios de un abogado; en puridad y atendiendo al principio de igualdad que orienta el proceso penal, dicho sujeto procesal merece el mismo tratamiento defensivo. Una interpretación amplia de la ley posibilita dicha defensa. Por otro lado, dada la fórmula utilizada por el legislador respecto a la gratuidad de la justicia, esta puede extenderse a otros aspectos del procedimiento que significa gastos para la parte imputada o agraviada, excepto, como lo señala la ley, las costas del proceso. Entendemos que la defensa gratuita a favor de la víctima resulta de aplicación progresiva por el mismo Ministerio de Justicia.

La *imparcialidad* también se regula en este apartado del Título Preliminar, en alusión a la impartición de justicia por los órganos jurisdiccionales, imparcialidad que, en esencia, significa para el órgano judicial (fiscal y juez) el ejercicio de la función sin inclinación ni posibilidad de la misma a favor de alguna de las partes en la investigación, en las audiencias o en el juicio oral. La desobediencia a este principio conlleva a la *recusación* de los jueces (o el pedido de inhibición, excusa o separación de fiscales). La imparcialidad se afirma siempre de los jueces, en cualquier decisión o diligencia que realizan. En el caso de los fiscales, como promotores de la acción de la justicia, también es exigible su actuación imparcial; sin embargo, en materia penal, el fiscal debe ser imparcial para la investigación, pero cuando

formula acusación y va a juicio, ya es la parte acusadora y, por lo tanto, deja de ser imparcial, sin dejar de ser objetivo. Por otra parte, se reitera que los jueces no solo tienen jurisdicción, sino también competencia en sus distintas manifestaciones, que pueden ser de orden territorial, funcional y objetivo (y muchas veces la competencia viene determinada por disposiciones administrativas). Ahora bien, la alusión expresa a que la justicia se imparte en un “plazo razonable” pone de relieve la actuación de los jueces y también de los fiscales a dirigir el proceso con observancia a los términos procesales o dentro del plazo que el caso particular exija. Para ello, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, en distintas sentencias, ha concluido que la determinación del plazo razonable de un caso debe determinarse en atención a tres factores: a) que la dilación no provenga de la actitud procesal de las partes; b) que la dilación no se origine por la conducta procesal del fiscal o juez; y c) que se preste atención a la complejidad del caso (número de imputados, agraviados y dificultades en la actuación probatoria, especialmente la pericial).

En estos casos, no puede exigirse el cumplimiento de los plazos comunes que prevé la ley para la tramitación de las causas. En la fase de juicio oral, no hay plazos, por lo que, en casos complejos se deberá manejar prudentemente el tiempo necesario para su realización y decisión. En estos casos, y dependiendo del factor causal, estimamos que los términos prescriptorios pueden modificarse o suspenderse, como también el tiempo que se computa para la libertad del imputado por exceso de carcelería sin sentencia.

En el apartado 2, se establecen otros principios de orden procesal, referidos al derecho del justiciable, al juzgamiento y a la legalidad procesal. Así como en derecho penal se afirma que *no hay delito ni pena sin una ley previa*, en materia procesal penal se afirma también que *no hay delito y no hay pena sin previo proceso*. El imputado *tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio*, desarrollado conforme a las leyes preestablecidas, con las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional; en consecuencia, en forma contraria al llamado procedimiento sumario (D. Leg. 124), necesariamente debe haber un juicio oral ante el requerimiento acusatorio, salvo los casos de conformidad con aquella, donde se dictará la sentencia que corresponda.

Naturalmente, la oralidad, como instrumento de comunicación, cruza todo el proceso penal y con mayor peso en el juzgamiento. El registro de las audiencias de juicio oral se realiza en audio y/o video, de manera que las partes pueden tener acceso y copia de la grabación. Además, el juicio es público (es decir, con presencia física de la ciudadanía y la difusión de los medios de comunicación), salvo las excepciones que la ley prevé (agresión sexual o delitos que afecten la seguridad nacional, por ejemplo). También el juicio es contradictorio, pues existen dos pretensiones a discutir y valorar: la del acusador y la de la defensa; en virtud de estas, las partes señaladas centrarán su atención en el análisis de la prueba en juicio, a fin de sustentar su teoría del caso, y así lograr la formación de convicción del juzgador respecto de la pretensión planteada. La idea central del debate contradictorio radica en el convencimiento del juez respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado; por ello, es que se trata de un juicio *adversarial* o dialéctico, donde priman el análisis probatorio y la argumentación jurídica sobre los hechos que se juzgan. Al principio de contradicción también se le llama *principio de audiencia*, pues por regla general, la discusión contradictoria se realiza en el juicio oral, y solo en el caso de que exista conformidad total con la acusación fiscal, se prescinde del debate contradictorio –lo que lleva implícita una renuncia a la presunción de inocencia del imputado– procediéndose al dictado de una sentencia conformada.

Al lado de los principios analizados, debe resaltarse el de *concentración*, que permite al juez, principalmente, y a las partes, el desarrollo continuo del juicio sin mayor interrupción que el necesario para llegar a su culminación, de modo que impide al órgano jurisdiccional dar inicio a otro juicio mientras el que conoce no haya concluido. Evidentemente, con la concentración como principio, se coadyuva a una intervención adecuada de las partes y a una mejor decisión del juez. El legislador ha considerado que las audiencias se desarrollan en forma continua y podrán prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión y, salvo excepciones, tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del juzgado (art. 356.2). En esa línea, el art. 360. 5 establece que “entre sesiones, o durante el

plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios, siempre que las características de la nueva causa lo permitan”, disposición que es muy clara respecto a la prohibición de llevar en paralelo otros juicios como regla, pero híbrida en su parte final, pues pareciera –y así lo han interpretado algunos jueces– que se trata de una excepción, en que se decide la realización de otros juicios sin haber culminado el primero, lo que, en buena cuenta, significa la disminución de la concentración judicial y un retroceso en la forma de llevar a cabo los juzgamientos.

El apartado 3 consagra el *principio de igualdad procesal* que deben preservar los jueces, a la vez que establece el derecho de las partes a actuar con las mismas posibilidades de ataque y defensa durante el proceso. Por otro lado, se establece que los jueces deberán “allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”. Esto hace que la labor jurisdiccional centre su atención en evitar cualquier afectación a la igualdad en el trato, en el ofrecimiento de pruebas, en la intervención o formulación de recursos, entre otros, que las partes hagan durante el proceso. Esta norma y las demás previstas en el CPP 2004 relacionadas con la igualdad procesal a favor de las partes tienen sustento constitucional.

Debe señalarse que tanto el principio de igualdad procesal, como el de legalidad procesal, imparcialidad e independencia, se reputan también del fiscal, en orden a su condición de director de la investigación preliminar del delito y actor directo de las diligencias de la fase preparatoria.

El apartado 4 empieza afirmando que *las resoluciones son recurribles*. El legislador regula el *derecho al recurso* que tienen las partes dentro del marco de la ley procesal cuando consideran que la resolución judicial les genera agravio. El sistema de recursos se encuentra debidamente previsto en el Código; estandarizándose el recurso de apelación contra las sentencias y autos, de tal forma que se deja en el recuerdo el llamado recurso de nulidad, típico del antiguo Código.

En el apartado 5 se establece que el Estado garantiza la *indemnización por los errores judiciales*. Toda decisión judicial es hecha por los jueces que son personas calificadas; sin embargo, es posible la existencia de

algún error en sus decisiones, lo que genera responsabilidad del juez que dictó la resolución y también la corresponsabilidad del Estado. Ello exigirá la presentación de una demanda en la vía correspondiente y en el marco de la ley de la materia.

II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La inocencia del imputado durante el proceso penal es considerada como un principio rector de ineludible observancia por las autoridades policiales, fiscales y jurisdiccionales. En tal sentido, la persona a quien se le imputa una infracción penal debe ser considerada inocente, en tanto la autoridad judicial, dentro de un proceso con todas las garantías, no establezca que es culpable mediante una sentencia firme. Además de considerarse como principio la presunción de inocencia, desde el punto de vista del justiciable, es un derecho: el derecho a que se le considere como no autor, no participe de un delito, mientras judicialmente no se establezca lo contrario.

La presunción de inocencia tiene marco constitucional. El art. 2.24.e de la C.P.E. establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Este principio y/o derecho se pone de manifiesto cuando aparece una imputación, ya sea de naturaleza penal o administrativa. En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, queda establecido este principio: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en juicio público” (art. 11.1), igualmente se formula en el Pacto de Nueva York (art. 14.2) y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.1). El artículo que comentamos reitera lo expuesto en la Constitución y agrega la necesidad de contar con *una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales*. Para Ramos Méndez, se trata de una presunción *juris tantum* que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo y de la que se puede deducir la culpabilidad del acusado. No puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga este carácter. La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto del

juicio oral. El órgano judicial puede realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas⁽¹⁾. Como se puede apreciar, existe una relación entre la presunción de inocencia y la actividad probatoria, de tal manera que aquella se desvirtúa con una mínima (suficiente) actividad probatoria de cargo, *contrario sensu*, la inocencia se mantiene. De la misma forma, se relaciona con el principio *in dubio pro reo*, pues ambos son manifestaciones de otro principio más amplio que es el de *favor rei*. Para Jaén Vallejo, la presunción de inocencia como principio constitucional, crea a favor del ciudadano el derecho subjetivo a ser considerado inocente, mientras el *in dubio pro reo* constituye un principio general del derecho, que se dirige al juzgador como norma de interpretación para que, a pesar de haberse realizado actividad probatoria y existiendo duda razonable en el ánimo del juez sobre la existencia de culpabilidad del acusado, se declare la absolución⁽²⁾.

El derecho a la presunción de inocencia exige que toda persona sometida a un proceso penal sea considerada inocente desde el inicio del proceso hasta que no se demuestre con pruebas suficientes su responsabilidad penal, lo que se pondrá de manifiesto en una sentencia condenatoria. Al respecto, se ha sostenido que este derecho significa, esencialmente, que todo acusado debe ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada, y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad⁽³⁾. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha insistido en que la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza

(1) MENDEZ RAMOS, Francisco. *El Proceso Penal. Tercera Lectura Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1993 p. 15.

(2) JAÉN VALLEJO, Manuel. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987, p. 19.

(3) SENDRA VICENTE, Gimeno y otros, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, 1.ª ed., 2007, p. 480.

todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones (STC N.º 8811-2005-PHC/TC, fundamento 3).

Nuestra ley dice que *en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*, lo que ubica al juez jurídicamente en una posición no definida sobre el caso. De allí que resulte latente, en su juicio de valor sobre la prueba, la existencia de una duda razonable sobre la responsabilidad penal de quien juzga, lo que le exige inclinarse a su favor y declarar la absolución. En otras palabras, si el juez, evaluando lo actuado en juicio, encuentra que las pruebas de cargo y de descargo tienen el mismo sentido de valoración judicial, que puede tanto condenar como absolver y le genera una duda razonable, deberá decidir por la absolución.

El apartado 2 de este artículo es de sumo importancia, pues obliga a las autoridades policiales –y judiciales y a cualquier otra autoridad pública–, a no presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido, mientras que no se dicte sentencia firme. En consecuencia, cualquier presentación pública que realicen dichas autoridades, en especial, la policía, de las personas detenidas afirmando explícita o implícitamente que son culpables, está prohibida.

III. PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE

Este principio tiene sustento constitucional en el artículo 139, inc. 2, de la Constitución, cuando consagra el derecho de toda persona que ha sido sometida a proceso judicial, a que no se deje sin efecto la sentencia o resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar...*” (cursiva nuestra). A esto debe añadirse lo dispuesto en el apartado 13 del mismo artículo constitucional: “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. La cosa juzgada constituye toda una institución constitucional y procesal de amplio reconocimiento

jurisdiccional y doctrinario. El Tribunal Constitucional ha expresado que mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada “se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos ya han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó”⁽⁴⁾. Pero además, se reconoce el derecho implícito de toda persona a no ser juzgada, dos veces o más, por los mismos fundamentos, que es el principio *ne bis in idem*, sobre el cual el TC también ha dicho que “el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* debe identificarse en función de sus dos dimensiones (material y formal). En tal sentido, sostuvimos que su vertiente sustantiva o material, el *ne bis in idem* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho”. Habrá que precisar, posteriormente, que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando *similar fundamento* (Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, Lima, citado, ap. 46-48). Siendo reiterativo, habría que citar la sentencia del TC N.º 2050-2002-AA/TC (caso Ernesto Schultz Landázuri), en donde se precisa que la dimensión procesal del principio *ne bis in idem*, en virtud del cual se garantiza que “nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o que se inicien dos procesos con el mismo objeto, impidiéndose así la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos”.

⁽⁴⁾ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. La Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, Ediciones Legales, Lima, 2007, p. 527. Exp. 4587-2004-AA/TC, Lima, p. 38.

Los dos elementos importantes a tener en cuenta en la prohibición de persecución penal múltiple: identidad de sujeto e identidad de fundamento; se debe de tratar de la misma persona y de los mismos fundamentos de la imputación, aunque la calificación jurídica sea distinta. También se pone de relieve la aplicación de este principio para las sanciones penales y administrativas, marcando prevalencia el ámbito penal sobre el administrativo. Finalmente, se establece que la cosa juzgada tiene su excepción en la acción de revisión que este código reconoce solo a favor del imputado (art. 439-445).

IV. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

El artículo IV trata de la titularidad del ejercicio público de la acción penal. Conforme al mandato constitucional, el Ministerio Público, representado por los fiscales, asume la conducción de la investigación del delito desde su inicio; además tiene el deber de la carga de la prueba, de manera que reitera lo que dice la Ley Orgánica del Ministerio Público. Entonces, el fiscal persigue los delitos públicos y el querellante ejerce la acción de los delitos calificados de persecución privada. Todos los delitos de naturaleza pública para efectos de la denuncia e investigación, transitan necesariamente por la Fiscalía. De ahí que se afirme que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal.

Además, se introduce de manera taxativa el principio de objetividad en su actuación, “indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”. Esto exige al fiscal ser objetivo en la investigación del delito, en la calificación del mismo, así como en la búsqueda de elementos de prueba, tanto de cargo como de descargo. La misma objetividad se exige al momento de decidirse por el sobreseimiento o por la acusación; para acusar se debe de contar con elementos de convicción (probatorios). En tal sentido, agotada la investigación preparatoria, si no existen pruebas o estas son insuficientes para sustentar el requerimiento acusatorio, el fiscal debe optar por requerir el sobreseimiento.

Por último, se establece –innecesariamente– que los actos de investigación realizados por el fiscal o la policía no tiene carácter

jurisdiccional; los fiscales tienen función investigadora y promotora de la justicia ante los jueces y la policía cumple la función de apoyo al fiscal en la labor investigadora, consecuentemente, carecen de *iusuris dictio*. Si se requiere de una decisión de esa naturaleza, como por ejemplo, el impedimento de salida del país del investigado o la prisión preventiva del mismo, el fiscal deberá solicitarla al juez y este decidir motivadamente.

Se establece, conforme a la Constitución, que el fiscal conduce la investigación del delito. En realidad, es la policía la que realiza la investigación, pero el fiscal también está habilitado para investigar, dirigiendo y controlando el trabajo de la policía. La ley señala que el fiscal “conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”. De hecho, los casos más emblemáticos que conoce el país están a cargo de los fiscales.

V. DIRECCIÓN JUDICIAL

Dentro del Título Preliminar se regula la competencia judicial en referencia a los órganos jurisdiccionales dentro del proceso ordinario. Se señala que a los jueces les corresponde la dirección de las etapas intermedia y de juzgamiento; además, dictan sentencia y otras resoluciones previstas en la ley. Esta mención es genérica, pues a ello debe agregarse que los jueces de investigación preparatoria dirigen las audiencias previas que establece el Código durante la investigación, adoptan decisiones en el curso del proceso, resuelven los pedidos de tutela de derechos que formulan los imputados, entre otros casos.

Se señala que las penas o medidas de seguridad se imponen por el órgano jurisdiccional predeterminado por la ley. De esta manera, se reitera el principio de judicialidad de las penas y medidas de seguridad.

VI. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Las medidas de coerción penal tienen por finalidad *asegurar la presencia del imputado en el proceso penal* y el resultado definitivo de la decisión judicial. Estas medidas permiten limitar o restringir los

derechos fundamentales de la persona sometida a investigación penal y juzgamiento. En líneas generales, el legislador ha regulado los criterios rectores a seguir, sin perjuicio de las disposiciones que rigen para cada caso: necesidad de *decisión judicial*, solo se dicta por los jueces; *taxatividad* de la medida, es decir, que esté prevista en la ley; *motivación* de la decisión judicial, como exigencia constitucional y procesal; *pedido del fiscal o del imputado* para efecto de variar la medida impuesta en contra del imputado; *existencia de elementos de convicción* (pruebas); *finalidad* de la medida y, *proporcionalidad* de la misma.

VII. VIGENCIA E INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

El apartado 1 establece la posición dominante de que “la ley procesal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite y es la que rige al tiempo de la actuación procesal”. Ello se sustenta en que toda norma de procedimiento busca una mejor conducción o reconducción de los actos o actuaciones judiciales del proceso mismo, por lo que una vez puesta en vigencia se aplican directamente al caso. En igual forma ha sucedido con los casos de transferencia de competencia (arts. 39-41) y detención policial en flagrancia (art. 259), como dice la ley, se aplica *incluso al proceso en trámite*. También se establece como excepción que se sigan aplicando las normas procesales anteriores en caso de que ya se hubiere interpuesto algún medio impugnatorio o se trate de actos procesales en ejecución y los plazos ya hubieran empezado. Ello con la finalidad de no perturbar dichos mecanismos procesales ya instaurados antes de la modificatoria.

El apartado 2 está referido a aquellas normas procesales relacionadas con los derechos individuales que más favorecen a la persona –como la libertad– y que son dictadas con posterioridad a la actuación procesal, de manera que se dispone su aplicación retroactiva. Tal situación se sustenta en el principio de la ley más favorable al procesado que consagra el artículo 103 de la Constitución cuando establece: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorezcan al reo”.

El apartado 3 de la disposición que comentamos es muy clara en el sentido de interpretar restrictivamente aquella ley que coacte la libertad, los derechos procesales o el poder conferido a las partes, así también de aquellas normas que establezcan sanciones de orden procesal. Del mismo modo, se prohíbe la interpretación extensiva y la analogía, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. Finalmente, en el caso de duda insalvable sobre la ley que se aplica, debe de resolverse conforme a aquella que favorece al imputado.

VIII. LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

La prueba y las teorías desarrolladas al respecto tienen un rubro especial en el Código. No solo se consagran sus líneas rectoras en el Título Preliminar sino que, además, se regulan dentro del texto procesal las distintas formas y manifestaciones procesales y las posibilidades de restricción de derechos que significa su aplicación.

Como se sostiene en la doctrina, la mejor forma de descubrir la verdad es a través de la *prueba* y esta descansa en dos grandes columnas: a) la *obtención* y b) la *valoración* de la prueba. El sistema de valoración de la prueba se encuentra regulado debidamente en el proceso penal, pues se establece que el juez *deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados* (art. 158). Así se exige que tal valoración se hará *solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo*, lo que exige al investigador actuar y proceder a la obtención de la prueba dentro del marco de la ley y el respeto a los derechos fundamentales de la persona. Por ello, el CPP 2004 afirma que las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, carecen de efecto legal, es decir, no solo no se admiten, sino que además, están prohibidas. La protección a la legalidad de la prueba es amplia, de tal forma que no solo carece de valor aquella prueba obtenida directamente lesionando derechos fundamentales, como puede ser la tortura para obtener la declaración, sino también las indirectas. En todo caso, la valoración de la prueba, los criterios y excepciones que

reconoce la doctrina y la jurisprudencia están a cargo del juez como órgano contralor de la legalidad.

IX. DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa a favor del imputado se regula de manera amplia en el presente artículo –y con mayor detalle en los artículos correspondientes de este código–, el cual parte del marco de la Constitución y los tratados internacionales. Toda persona imputada de un delito tiene derecho *inviolable e irrestricto*, a que se le informe sobre sus derechos; a conocer de *inmediato y detalladamente* sobre los cargos que existen en su contra; a tener un abogado defensor de su elección o un defensor público, entre otros derechos que señala la ley. El derecho a la defensa se manifiesta de dos formas: la *defensa técnica* y la *autodefensa*. La primera la ejerce el abogado que se acredita para defender al imputado desde la investigación preliminar y que puede fortalecerse en las audiencias previas y juicio oral donde se permite actuar colegiadamente. Si el imputado carece de defensor particular, se designará un defensor público asignado por el Ministerio de Justicia, a fin de no generar indefensión y mantener el equilibrio necesario de las partes en el proceso penal. La *autodefensa* la ejerce el mismo imputado durante las posibilidades de intervención que prevé el proceso penal.

De acuerdo con las normas internacionales, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (prohibición de autoincriminación).

X. PREVALENCIA NORMATIVA DEL TÍTULO PRELIMINAR

No cabe duda que el legislador ha querido poner de relieve y, con fuerza prevalente, las normas del Título Preliminar que, en esencia, constituyen: principios, derechos y garantías del proceso, a favor del imputado y de la víctima. Por ello, cuando el intérprete de las normas procesales encuentre alguna dificultad en el contenido o alcances de las disposiciones comunes acudirá a las que conforman este Título con la finalidad de lograr un mejor análisis de la ley. Ello es correcto si se considera en el Título Preliminar la base sobre la cual se desarrollan las líneas matrices del proceso penal.

Capítulo II

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

1. DINÁMICA DEL PROCESO PENAL

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

Aquel proceso fue ubicado dentro del sistema de corte acusatorio o predominantemente acusatorio, con características propias del proceso moderno: a) la separación de funciones de investigar y juzgar a cargo del fiscal y del juez, respectivamente, otorgando al Ministerio Público la tarea de la persecución penal de los delitos públicos; b) el predominio de los principios de oralidad y de contradicción en cada una de las audiencias que prevé la ley; y c) el fortalecimiento de las garantías procesales a favor del imputado y agraviado en paridad de condiciones y posibilidades de intervención. Naturalmente, éste modelo procesal requiere, además de un cambio radical –no solo en la estructura organizacional de las instituciones involucradas–, de un cambio en la actuación funcional de los sujetos procesales y de los órganos de apoyo. En tal sentido, nuestra doctrina pone su cuota de apoyo a la mejor interpretación y análisis de legislación procesal vigente⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Entre otros trabajos, véanse SAN MARTÍN CASTRO, César. "Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria", en *Actualidad Jurídica*, N.º 146, Lima

El CPP 2004 establece una nueva estructura del proceso en relación al texto anterior. Su eje rector y fundamental es la nueva dinámica que deben imprimir los operadores jurídicos, pues si bien es cierto se mantienen las actuaciones propias de todo proceso penal radicados en el ámbito de las diligencias y sus formas, así como de la actividad probatoria, también lo es que la forma de interpretar el texto del Código, la de realizar las diligencias y, en suma, la de aplicar las instituciones, deben de merecer un cambio en la visión del operador sea fiscal, juez, abogado y litigante, como se ha venido verificando en la práctica.

En el marco de la aplicación progresiva del CPP 2004, la actuación funcional de los órganos encargados de la investigación y juzgamiento, así como de los señores defensores, ha merecido un cambio de actitud, mayor dinamismo, celeridad, observancia al debido proceso y a las normas de procedimiento, respeto a las autoridades judiciales y a sus decisiones. Los resultados solo podrán alcanzarse en la medida que el intérprete y aplicador de la ley asuman internamente las bondades del proceso penal. Pero, sobre todo, es importante anotar la necesidad de las políticas que impriman las instituciones comprometidas en la reforma, aun cuando se encuentre bajo la tutela presupuestaria del Poder Ejecutivo. A estas alturas, no cabe duda que se requiere no solo decisión política institucional, sino también decisión política y económica del gobierno para alcanzar los éxitos que todos esperamos.

Ciertamente, la dinámica depende mucho de la actividad del fiscal, que cuenta con el apoyo de la policía, en primer orden, y del juez de la investigación preparatoria principalmente, dado que es en la fase preparatoria e intermedia donde se espera la decisión jurisdiccional a

2006, pp. 275-284; ROSAS YATACO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacífico Editores, Lima, 2014; CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?*, Justicia Viva, Lima, 2004; MAVILA, Rosa, *El nuevo sistema procesal penal*, Jurista Editores, Lima, 2005; DUPUIT, Joseph, "Algunos aportes de unificación del procedimiento penal en Suiza. La reforma del proceso penal peruano", en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004; RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, "Los principios de la reforma y el título preliminar en el nuevo Código Procesal Penal (NCP)", en *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, N.º 8, Lima, marzo 2008, pp. 139-173.

fin de resolver las medidas que afectan los derechos fundamentales de la persona investigada mediante la adopción de las medidas de coerción que la ley establece.

2. ETAPAS DEL PROCESO PENAL

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

Desde una perspectiva funcional, se pueden distinguir cinco etapas que se caracterizan por su continuidad y por sus claras delimitaciones:

1. La investigación preliminar o diligencias preliminares
2. La investigación preparatoria
3. La etapa intermedia
4. El juzgamiento y
5. La etapa de ejecución

Estas etapas de naturaleza preclusiva se suceden unas a otras dependiendo de la necesidad de continuar con la investigación de los hechos denunciados, con la posibilidad de juzgamiento. De tal manera que culminada la etapa de investigación preliminar (o de investigación fiscal o policial) si existen elementos probatorios para pasar a la etapa de investigación preparatoria, el fiscal emite una *disposición de formalización de la investigación preparatoria* y continúa con las diligencias necesarias, con intervención de los defensores y bajo la supervisión del juez para la investigación preparatoria. Culminada esta etapa, se pasará a la fase intermedia, espacio procesal donde el Ministerio Público decidirá si formula acusación o archiva el proceso. Las posibilidades

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

Algunos autores solo consideran la existencia de tres etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento. Dentro de la primera se incluye la investigación preliminar. Así cuando se dispone el inicio de la investigación preparatoria las diligencias que se actuaron preliminarmente pasan a formar parte de esta. Sin embargo, cuando la investigación preliminar no amerita el paso a la siguiente fase y se archiva la misma (porque no hay delito, no hay pruebas o se aplica el principio de oportunidad), el proceso queda en estadio inicial. En otras palabras, siempre que hay investigación preparatoria hay una investigación preliminar; pero es posible que exista una investigación preliminar y no se transite a la preparatoria. La investigación preliminar tiene sus propios objetivos y plazos⁽⁶⁾.

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

(6) Esta etapa tiene autonomía propia, en cuanto a objetivos plazo y continuación de la investigación en la fase preparatoria. No obstante si la Fiscalía decide archivar la investigación, hasta allí llega el proceso. Entonces, dependiendo de los primeros logros de la investigación inicial llamada "diligencias preliminares", el fiscal decidirá si pasa o no a la etapa preparatoria.

3. ORGANIZACIÓN FISCAL

Toda reforma del proceso penal trae consigo cambios sustanciales en la estructura orgánica y funcional no solo de los jueces, sino también de los fiscales y de los auxiliares de justicia. Del mismo modo, se producen cambios en el desempeño profesional de la policía y los defensores. En todos los casos, se viene observando que el proceso de implementación progresiva afronta obstáculos propios del cambio de modelo básicamente inquisitivo a uno de corte acusatorio y de la limitada capacitación de alguno de sus actores, principalmente, de la policía.

En el caso de la Fiscalía, el cambio es importante en la medida que deja de ser un partícipe más de las diligencias dirigidas por los jueces y asume un rol protagónico en la investigación del delito; además, es el eje jurídico de toda investigación preliminar por delito público. Se potencian, amplían y reafirman las funciones que ya realizaba, sobre la base de las normas de orden constitucional y de la legislación existente. Naturalmente se requiere de una nueva Ley Orgánica, la vigente data del año 1981, con sus múltiples reformas, y Reglamentos.

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

Desde junio del 2016 se mejoró el sistema de trabajo fiscal, con aplicación progresiva. Mediante Resolución N.º2914-2016-MP-FN, publicada el 26-06-2016, se aprueba el *Manual de organización y funciones de la Fiscalía Corporativa Penal* que, entre otros aspectos, establece una distribución aleatoria y equitativa de los casos. Cada fiscalía corporativa cuenta con cuatro fiscales provinciales y cada uno con dos fiscales adjuntos.

El fiscal provincial es la autoridad responsable del desarrollo de toda la actividad funcional de los fiscales adjuntos; establece la

forma y turno de actuación fiscal; conoce y distribuye las denuncias o casos que llegan a la Fiscalía entre los fiscales adjuntos; mantiene una necesaria línea de comunicación con el fiscal superior penal y con el Presidente de Junta. Naturalmente, el Fiscal Provincial, por su cargo y experiencia, debe conocer de aquellos casos que son emblemáticos o que requieren, por su gravedad, de una atención directa de su parte.

En cuanto a los procesos penales con arreglo a las disposiciones de la legislación procesal antigua, se debe de señalar que tales casos siguen su curso regular a cargo de fiscalías comunes y especializadas, a las que se ha venido a llamar *fiscalías de liquidación*, las mismas que una vez culminada su labor, pasarán a formar parte del modelo corporativo de investigación del delito conforme al CPP 2004.

4. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

En el ámbito del Poder Judicial, específicamente, en materia penal, rigen los mismos principios constitucionales de independencia, imparcialidad y exclusividad –entre otros– que se consagran en los artículos 158 y 159 de la carta fundamental. De esta forma, se aprecia que el texto procesal se adecua con mayor firmeza a dichas normas, por lo que resalta la *exclusividad* de la función jurisdiccional, pues la resolución de conflictos intersubjetivos, la decisión sobre las medidas que afecten derechos personales y el *ius puniendi* o derecho a castigar solo pueden ser ejercidos y decididos por los jueces y no por otras autoridades o poderes. En el proceso penal, diseñado por el CPP 2004, el juez penal, alejándose del antiguo modelo inquisitivo –donde además realizaba funciones de investigación–, asume a plenitud la potestad de *impartir justicia*.

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

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

- a) La sala penal de la Corte Suprema.
- b) Las salas penales de las Cortes Superiores.
- c) Los juzgados penales, que pueden ser unipersonales o colegiados.
- d) Los juzgados de la investigación preparatoria.
- e) Los juzgados de paz.

La Sala Penal de la Corte Suprema conocerá de los casos que, conforme a ley, lleguen en vía de casación. De hecho ya existe jurisprudencia al respecto, pues la Sala Penal Suprema ha emitido pronunciamiento en distintos casos de casación, creando una línea de interpretación uniforme. La Sala Penal Superior conocerá de los juicios de apelación que se promuevan contra las sentencias dictadas por los juzgados penales y de los incidentes que por competencia lleguen a su conocimiento.

Como se puede observar, aparecen tres juzgados con distinta denominación y, naturalmente, con distinta competencia (unipersonales, colegiados y de investigación preparatoria), que se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Ello obedece a la necesidad de que exista una autoridad judicial que ejerza control sobre las garantías procesales de la investigación preliminar y preparatoria, que se encargue de la admisión de prueba al juicio (juez de la investigación preparatoria o de garantías); y otra autoridad distinta que se encargue precisamente de dirigir el juicio oral, sin haber intervenido en las fases anteriores. El otro criterio que se sigue está vinculado con el tratamiento judicial de los delitos considerados leves y de mediana criminalidad. Estos delitos se diferencian de aquellos considerados como graves, para los que se han establecido órganos judiciales distintos: unipersonal y colegiado,

respectivamente. Hay que mencionar que, para los últimos casos, el cambio solo se produce en el Poder Judicial, pues es el mismo fiscal el que interviene tanto para la investigación, acusación y juzgamiento de delitos graves como para los menos graves.

En ese sentido, se crea el *juzgado de la investigación preparatoria* con finalidades de control de dicha etapa y, además, se le encarga la dirección de la fase intermedia del proceso. A su vez, decide la adopción o variación de las medidas coercitivas que se dicten durante las etapas de su intervención. Es bueno señalar que los pedidos de detención preliminar, allanamiento, impedimento de salida, y otras medidas que requiere el fiscal durante la investigación preliminar, se las pide al juez de la investigación preparatoria que está de turno. Pareciera que, con relación al código anterior, se redujeran sus atribuciones y competencias; sin embargo, su intervención y decisiones trascienden en la continuidad de todo el proceso, dentro del marco de los principios de independencia, imparcialidad, inmediación y oralidad, principalmente.

Como veremos en adelante, las mayores funciones judiciales que establece el CPP 2004 se encuentran a cargo del juzgado de la investigación preparatoria y es allí donde se debe poner el mayor esfuerzo en su capacitación. El eje central de la actuación del juez de garantías radica en el cambio de actitud frente al nuevo sistema, es decir, dejar de lado la figura tradicional del juez investigador o instructor, pues su intervención es taxativa y decisoria en el ámbito de su competencia; en otras palabras, no hace labor investigativa ni pide información al fiscal sobre el avance de las investigaciones, menos se inmiscuye en la misma, pero, como se ha dicho, llegado el momento del control de la acusación o sobreseimiento, decide sobre el fondo del caso investigado por el fiscal⁽⁷⁾.

El CPP 2004 establece que los *juzgados penales colegiados* se integran con tres jueces, que conocerán del juicio oral, de aquellos delitos que en la ley penal prevean, en su extremo mínimo, una pena privativa de

(7) El juez de la investigación preparatoria dirige todas las audiencias previas de la investigación y la etapa intermedia, además conoce del control de plazos y la tutela de derechos, entre otras funciones.

la libertad superior a seis años. En tal sentido, conocerán de los delitos considerados graves: homicidio calificado, secuestro, violación de menores, robo agravado, abigeato agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, genocidio, desaparición forzada, entre otros. Los *juzgados penales unipersonales* en cada sede están a cargo de un solo juez, que conocerá en juicio de los demás delitos, es decir, de aquellos que no están comprendidos en los órganos colegiados (art. 28).

Tanto los juzgados penales unipersonales como los colegiados están conformados por jueces que no han conocido de la investigación preparatoria ni de las incidencias que se hubieran generado. En términos genéricos, pueden saber del delito del que se trata, pero recién al inicio del juicio oral y ante la intervención del fiscal que presenta la acusación y la participación de la defensa del imputado, es que van a conocer de los detalles de los hechos y las pruebas que sustentan la pretensión penal del fiscal. Los jueces tienen las siguientes competencias:

- a) Dirigir la fase del juzgamiento, según las normas y con los poderes que la ley les concede.
- b) Resolver los incidentes que se promuevan durante el juicio oral.
- c) Conocer de los demás casos que el código establece.

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

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

Finalmente, la ley procesal también contempla a la justicia de paz y establece que los jueces de paz letrados dirigirán los procesos por faltas. En estos casos no interviene el fiscal.

Capítulo III

DERECHO PROCESAL PENAL, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL

En el curso de la historia procesal se han dado muchas definiciones sobre nuestra disciplina. CARNELUTTI enseñaba que el derecho procesal penal era un derecho instrumental, pues no era fin en sí mismo, sino un medio para la realización del derecho penal⁽⁸⁾. Entre nosotros, GARCÍA RADA⁽⁹⁾ afirmaba que era un medio legal para la aplicación de la ley penal.

Sin embargo, el concepto de derecho procesal penal no se reduce al proceso como instrumento o medio, sino como una disciplina jurídica de suma importancia en el quehacer jurisdiccional. Para JULIO MAIER, es una “rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él”⁽¹⁰⁾. El Derecho Procesal Penal va más allá de la sola

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

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

(10) MAIER, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, 1.ª edición, 1989, p.102.

“realización de la ley penal”. Ya ha señalado BINDER⁽¹¹⁾ que ello nos da una visión reducida de su verdadera función, en especial, respecto de la configuración de la política criminal, proposición que “ha sido mal utilizada, permitiendo una visión superficial del Derecho Procesal Penal, que destaca los aspectos procedimentalistas y deja de lado el análisis de la influencia de la norma procesal en la determinación de la coerción penal”. Ciertamente, el derecho procesal penal no se agota con realizar la ley penal; mantener tal criterio significaría negar todo el desarrollo jurídico susceptible de tratamiento científico que ha adquirido esta disciplina, sobre todo en las últimas décadas⁽¹²⁾.

El derecho procesal penal es una disciplina jurídica de derecho público que tiene autonomía científica, legislativa y académica, que se sustenta en principios fundamentales del derecho y de aquellos que regulan los derechos humanos, con objetivos y funciones predeterminados, que estudia, no solo los actos para acceder a la justicia penal y los que conforman el procedimiento para la comprobación del ilícito y la responsabilidad del autor limitando el poder punitivo del Estado en la aplicación del *jus puniendi*, sino también la organización judicial penal y la forma de intervención de los sujetos procesales.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Presenta las siguientes características:

- a) Es una disciplina autónoma, con terminología propia, que no se subordina a otra disciplina que se relaciona con ellas (constitucional, penal, penitenciario, criminología, procesal civil, entre otras) con individualidad propia y se le puede identificar por su objeto y finalidad⁽¹³⁾.

En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, T. I *Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*; traducido por Diego Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas, 1997, p. 45.

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

(12) RAMOS MÉNDEZ, F., *El Sistema Procesal Español*, José M^o Bosch, editor, Barcelona, 1997, p. 9.

(13) MIXÁN MASS, F., *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1984, T. I p. 24.

- b) Es una disciplina científica, pues importa un conocimiento racional, objetivo, metódico, explicativo-informativo, con terminología propia, sistemático, verificable y que conduce a la tecnificación⁽¹⁴⁾.
- c) Determina la función jurisdiccional penal, la forma de acceso por el fiscal y el particular, de acuerdo con la forma de ejercicio de la acción penal y la organización judicial penal.
- d) Determina los actos procedimentales para el cumplimiento de sus objetivos, verificación del hecho punible y la búsqueda de pruebas para la determinación del delito y sus posibles autores y partícipes.
- e) Determina el comportamiento de los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento: funciones, obligaciones, atribuciones, derechos.

3. RELACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS

Esta disciplina se relaciona con el derecho constitucional; los derechos fundamentales previstos en el artículo 2 de la Carta Magna; los derechos y principios consagrados en el artículo 139 referidos a la función jurisdiccional; las disposiciones constitucionales sobre antejuicio; las facultades de la Fiscalía de la Nación para formular cargos ante el Poder Judicial en los casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; los tratados internacionales; los casos de estado de emergencia; la doctrina que imprime el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias vinculantes; y, en sentido amplio, con el derecho administrativo y legislativo.

Su mayor relación es con el Derecho Penal, de cuya máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* tiene su correlato con el derecho procesal que afirma: *no hay delito, no hay pena sin previo juicio*. Su principal relación es con el sistema de penas que prevé la ley penal, los

⁽¹⁴⁾ MIXÁN MÁSS, F., *Derecho Procesal*, cit., T. I, pp. 18-21.

criterios de su determinación por los jueces, los casos de participación delictiva, los medios de defensa como las excepciones, las eximentes de responsabilidad penal, la tentativa, etc. En suma, entre ambas disciplinas se produce una relación de *necesariedad* o de comunicación recíproca en todas las etapas del proceso penal.

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

Las relaciones con el derecho internacional público no solo comprenden los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también cuando nuestro Estado forma parte de un sistema de cooperación judicial internacional. De allí la existencia de convenciones y su ratificación por el Estado peruano, como sucede en los casos de tráfico ilícito de drogas, trata de personas, lucha contra la corrupción, etc.

4. JURISDICCIÓN

Para DEVIS ECHANDÍA, se entiende por jurisdicción “la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial”⁽¹⁵⁾. Agrega el citado autor que la jurisdicción tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales.

El Estado otorga esta *potestad* (art. 138 de la Const.), la de administrar justicia mediante un juez o tribunal, que es el órgano que cumple funciones jurisdiccionales y que emite una declaración de derecho, de tutela de los derechos fundamentales de la persona y del

(15) DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, cit, pp. 73 y ss.

orden jurídico⁽¹⁶⁾. Entonces, se debe de afirmar que el juez, sea personal o colegiado, es un *órgano constitucional*.

En tal sentido, y al igual que otras constituciones europeas, la nuestra concibe a la jurisdicción en la función exclusiva de los jueces, como el tercer Poder del Estado⁽¹⁷⁾. Así también se consagra como principio la unidad y *exclusividad de la función jurisdiccional*, la independencia en su ejercicio, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, entre otros (art. 139, incs. 1, 2 y 3).

Para el Estado constituye una obligación actuar, a través del órgano jurisdiccional, a fin de realizar la tutela del orden jurídico cuando el particular o una entidad lo solicita o cuando ocurre un ilícito penal. De esa manera, el Estado tiene el poder de someter a su jurisdicción a quienes hayan incurrido en la comisión de un delito. De ello, se desprende su consideración como un derecho público del Estado y una obligación para con los ciudadanos. Por ende, cualquier ciudadano puede recurrir a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción⁽¹⁸⁾.

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

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

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

(18) En este sentido, afirma CARNELUTTI que la jurisdicción es un concepto opuesto y complementario a la acción: "la acción es una actividad que se desarrolla de la periferia al centro; la jurisdicción del centro a la periferia; la acción va de las partes o, más ampliamente, de los ciudadanos hacia el juez; la jurisdicción, del juez hacia la parte o, más ampliamente, hacia los ciudadanos. El juez *ius dicit* porque el ciudadano *ius poscit*; éste pregunta, aquél responde. El cual responder es naturalmente un *dicere ius* y así una *iuris dictio*" (*Lecciones sobre el Proceso Penal*, T. II, Colección Ciencia del Proceso, traducción de Santiago Sentís M., Buenos Aires, 1950, p. 145).

4.1 Características

La jurisdicción presenta las siguientes características⁽¹⁹⁾:

- a) *Autónoma*. La jurisdicción es ejercida por cada Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales y en ejercicio de su soberanía nacional. En consecuencia, la función jurisdiccional, objeto de estudio del derecho procesal penal, se caracteriza por no encontrarse dirigida a la represión penal, que es propio del derecho penal, sino que desarrolla las garantías que las regula con el carácter de autónomas. Dichas garantías son sustantivas por acomodarse a la realidad constitucional de “aquí y ahora”⁽²⁰⁾.
- b) *Exclusiva*. La jurisdicción es exclusiva de los órganos a los cuales el Estado otorga tal potestad: jueces de todas las instancias. En este sentido, expresa PECES BARBA que “la exclusividad o el monopolio de la jurisdicción al Juez –se ha dicho– es la última –*last put non least*– de las condiciones señaladas para una eficaz protección de los derechos fundamentales. Ello excluye la atribución de competencias judiciales al Poder Ejecutivo o a las Comisiones parlamentarias, así como cualquier injerencia en el régimen normal de jurisdicciones especiales que suponen un retroceso en las condiciones para una eficaz protección de las libertades públicas y una intervención del Poder Ejecutivo y Legislativo en el Judicial”⁽²¹⁾.

Entonces, ni los particulares ni otros funcionarios públicos pueden ejercer la jurisdicción (art. 139.1 Const.). Esto lleva a MONTERO AROCA a plantear que “todos los pseudo-tribunales no jurisdiccionales que han proliferado en los

(19) MORENO CATENA y otros, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 43-44.

(20) LORCA NAVARRETE, *El proceso penal y la Ley de enjuiciamiento criminal*, Dykinson, 1997, p. 28; CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1960, p. 291.

(21) PECES BARBA, *Derechos Fundamentales*, 3.ª edición, Madrid, 1980, p. 188. También GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos*, cit., p. 85.

últimos tiempos (tribunales de honor, sindicales de amparo, de prensa, de defensa de la competencia, de contrabando y un larguísimo etcétera), sobre cuya naturaleza administrativa, generalmente caben pocas dudas, constituyen otros tantos ataques a la exclusividad de la jurisdicción, ataques que reflejan la desconfianza que el Ejecutivo siente frente a los órganos jurisdiccionales ordinarios como garantizadores de los derechos de los ciudadanos⁽²²⁾. Entonces, los órganos administrativos, como la policía, los prefectos o alcaldes no es que actúan dentro del “ámbito de su jurisdicción”, pues no la ejercen, sino que ejercen sus funciones dentro del ámbito de su competencia. La jurisdicción es exclusiva de los jueces.

- c) *Independiente*. La función jurisdiccional se caracteriza por la independencia con la que actúan los magistrados; independencia que debe manifestarse frente a la sociedad, a los otros poderes del Estado, a sus superiores jerárquicos y a las partes⁽²³⁾. La esencia del juez es su independencia y, en ese sentido, solo está sujeto a la Constitución y a las leyes⁽²⁴⁾.
- d) *Única*. Solo existe una jurisdicción delegada por el Estado conforme al concepto inicial⁽²⁵⁾. LEONE señala que, dentro de la unidad, la jurisdicción reivindica su autonomía y la consiguiente infungibilidad⁽²⁶⁾. La jurisdicción no se divide, por ello, no se puede afirmar la existencia de una jurisdicción preventiva cuando el juez ejerce determinadas funciones en la investigación preliminar, pues realmente el juez actúa en virtud de la potestad de la que está investido, dentro o antes del proceso, si la ley así lo permite. En cambio, se puede afirmar

(22) MONTERO AROCA, J., *Introducción*, cit., p. 37.

(23) MONTERO AROCA, J., *Introducción*, cit., pp. 39-43.

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

(25) GIMENO SENDRA comprende a la unidad como expresión del principio constitucional de exclusividad, en *Fundamentos*, cit., pp. 85-107.

(26) LEONE, *Tratado*, cit., p. 276.

que la jurisdicción admite distintas manifestaciones⁽²⁷⁾, a fin de indicar la forma como la ley distribuye su ejercicio entre los diversos órganos y funcionarios especializados, para cumplir mejor con sus fines.

La función jurisdiccional genera la atribución de determinados poderes, con el objetivo que los órganos jurisdiccionales puedan cumplir con su ejercicio. Sin embargo, como se ha expresado al analizar el concepto de jurisdicción, debemos citar lo que enseña FAIRÉN GUILLÉN, quien entiende que la jurisdicción más que un poder es una potestad que desarrolla una función: “Ese Poder Judicial se desarrolla como una potestad caracterizada por la autoridad, superioridad de jueces y magistrados *-imperium* derivado de la soberanía-; esa *potestad* es la fuerza que actuando, desarrolla una función...”⁽²⁸⁾.

Los poderes que emanan de la jurisdicción son los siguientes:

- a) *Poder de decisión* del órgano jurisdiccional que tiene fuerza obligatoria sobre la controversia. Es el poder esencial que emana de la jurisdicción. La manifestación de este poder es variada durante el proceso; se puede afirmar que el proceso penal se construye sobre la base de las decisiones provisionales y definitivas del juez. En tal sentido, la resolución definitiva del juez unipersonal o colegiado (consentida o ejecutoriada) constituye *cosa juzgada*. La LOPJ establece que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus

⁽²⁷⁾ De allí que es preferible hablar de tribunales especiales u ordinarios, o tribunales civiles, penales, etc., mas no de jurisdicciones, pues esta es única (Prieto Castro y otros, *Tribunales españoles, organización y funcionamiento*, Madrid, 1977, p. 150).

⁽²⁸⁾ FAIRÉN GUILLÉN, V., “La potestad jurisdiccional”, en *Rev. de Derecho Judicial*, España, 1972, pp. 81 y ss. Agrega el maestro español en otra de sus tantas obras, que identificar a la jurisdicción solo con la función sería, además de incompleta, propia de regímenes totalitarios, en *Doctrina General del Derecho Procesal, Hacia una teoría y ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 101.

efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa (art. 4).

- b) *Poder de coerción*, pues se le faculta hacer uso de medidas coercitivas para la realización de sus funciones, que pueden estar dirigidas a los procesados, testigos, peritos; a la realización de determinadas diligencias mediante el empleo de la fuerza pública; a la imposición de sanciones a quienes incumplan su mandato, etc.; el CPP 2004 lo establece en el artículo 126.
- c) *Poder de ejecución*, que se manifiesta cuando el órgano jurisdiccional impone el cumplimiento de un mandato claro y expreso. El Juez tiene como función fundamental juzgar, pero también debe ejecutar lo juzgado. De este poder de la jurisdicción se deriva el rol protagonista del juez en la etapa de ejecución.
- d) *Poder disciplinario*, que es la facultad que tiene el juez, como director del proceso, de poner orden durante la realización de las diligencias judiciales. La LOPJ establece la facultad del juez para sancionar toda contravención a los deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal (arts. 9 y 10).

El CPP 2004 también establece determinados criterios y características de la jurisdicción (arts. 16-18). Así regula las instancias con potestad jurisdiccional y la improrrogabilidad de la jurisdicción penal ordinaria. Solo comprende delitos y faltas, de acuerdo con las leyes y tratados. Se establecen límites, pues no comprende los casos de delitos de función en que puedan incurrir los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuyo caso se someten a la jurisdicción especial (art. 173 Const.); tampoco comprende los hechos punibles incurridos por adolescentes y la justicia comunal (art. 149 Const.).

El mismo TC señala que la jurisdicción implica cuatro requisitos: a) conflicto entre las partes; b) interés social en la composición del conflicto; c) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; y d) aplicación de la ley o integración del derecho⁽²⁹⁾.

(29) STC, Exp N.º 0023-2003-AI/TC, de 09.06.2004, Fundamentos 9-14.

4.2 Jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar

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

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

La jurisdicción penal militar merece singular atención en nuestro sistema, debido a la poca claridad del ordenamiento y a que también sus disposiciones, es decir, sus leyes básicas, resultan obsoletas y no se adecuan a la Constitución. Esta jurisdicción comprende el juzgamiento de infracciones de las personas que integran la organización militar, pero limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos *castrenses*.

De esta manera se resalta el carácter inminentemente restrictivo de la jurisdicción penal militar, pues solo será competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar. Consecuentemente, siendo la jurisdicción penal militar de carácter especial, “normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria” observando de igual manera la vigencia del principio del juez legal o predeterminado por la ley⁽³⁰⁾. Ello permite establecer una clara delimitación de la

⁽³⁰⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 75/82. En esa sentencia, se planteaba la cuestión de dilucidar la competencia de la jurisdicción ordinaria penal o la jurisdicción penal militar en una causa seguida contra miembros de la Guardia Civil, por delito de tortura, por hechos cometidos, al menos en parte, en un cuartel de dicha institución. El Tribunal Constitucional consideró que se había violado el principio del juez legal, decidió otorgar el amparo y dispuso que la autoridad judicial castrense devuelva la causa a la jurisdicción ordinaria.

jurisdicción penal ordinaria de la militar, por lo que esta se restringe a lo *exclusivamente castrense*. De ello se desprende que si un miembro de las fuerzas militares o policiales comete un delito que no afecte bienes jurídicos castrenses, la investigación y juzgamiento corresponderá a la justicia penal ordinaria⁽³¹⁾.

Es indudable la posición doctrinaria respecto de la jurisdicción militar; sin embargo, en nuestro ordenamiento los problemas de determinación de la jurisdicción común o militar se evidencian a través de las cuestiones de competencia que han sido resueltos sin seguir una línea interpretativa homogénea. Entonces, dos aspectos hay que destacar sobre este tema: constituye regla dominante en la doctrina y en el derecho comparado que la jurisdicción penal militar se determine atendiendo a presupuestos imprescindibles: a) cuando el agente es militar o policial, b) cuando el bien jurídico que lesiona o pone en peligro es de naturaleza castrense, y c) cuando la conducta incurrida está prevista en el Código de Justicia Militar como hecho punible⁽³²⁾. En la sentencia de la Corte Suprema N.º 2448-2005, sobre competencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, establece en el fundamento jurídico quinto: “que el artículo ciento setenta y tres de la Constitución, al delimitar materialmente el ámbito competencial de la jurisdicción militar, hace referencia al delito de función como dato constitucionalmente relevante; que la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, interpretando esa noción y definiendo sus alcances, realza las tres notas características de la institución en lo atinente a los elementos objetivos del tipo penal militar: a) que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Ar-

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

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

madras o de la Policía Nacional –se trata de su ‘objeto material’–; b) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad –es lo que se denomina ‘círculo de autores’–; y, c) que, como ‘circunstancias externas del hecho’, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él”.

En nuestra opinión es necesario y urgente una reforma total tanto de la LOJM como del CJM. Para ello debe dejarse de lado proyectos legislativos que solo buscan mantener el sistema tradicional de la justicia militar. ¿Por qué no pensar en cambiar a un sistema de administración de justicia para los delitos cometidos en el ámbito castrense?⁽³³⁾ En tal sentido, coincidimos con HURTADO POZO cuando sostiene en la presentación del *Anuario de Derecho Penal* que el “establecimiento de un mínimo Estado de Derecho requiere la reforma substancial del desnaturalizado sistema de derecho penal militar, vigente en nuestro país”⁽³⁴⁾.

5. COMPETENCIA

La competencia constituye la facultad que tienen los jueces para el ejercicio de la jurisdicción en determinados casos. Se trata de un *presupuesto procesal*⁽³⁵⁾ relativo al órgano jurisdiccional, pues exige de este la competencia para conocer de un caso y dictar sentencia. GARCÍA RADA⁽³⁶⁾ afirmaba que “es el ámbito dentro del cual el Juez tiene y puede ejercer válidamente la jurisdicción”.

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

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

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

(36) GARCÍA RADA, D., *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p.33.

Para CARNELUTTI, la competencia no es un poder, sino un límite del poder; es más, ha precisado que es el único límite de la jurisdicción⁽³⁷⁾. El juez tiene el poder no solo en cuanto es juez, sino además en cuanto la materia del juicio entra en su competencia. De esta manera, jurisdicción y competencia se relacionan, y por ello, se afirma que la jurisdicción es el género; y la competencia, la especie⁽³⁸⁾, es decir, todos los jueces tienen jurisdicción, pero no la misma competencia, pues esta se encuentra delimitada a determinados asuntos previstos en la ley de la materia. Así, los jueces que intervienen en unos asuntos, no pueden hacerlo en otros por ser incompetentes. Como afirma MIXÁN MASS, la competencia es el ámbito de la jurisdicción del juez y comprende el conjunto de procesos en que puede ejercer su jurisdicción consciente e inequívocamente⁽³⁹⁾.

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

5.1 Criterios de determinación de la competencia

La competencia es útil para la distribución de los casos penales entre los distintos jueces de investigación preparatoria, jueces de juicio y demás salas especializadas. Se trata, en esencia, de un instrumento *técnico* para repartir el trabajo entre los jueces⁽⁴⁰⁾. De esta forma, cada órgano jurisdiccional conoce cuál es su ámbito de ejercicio y las partes saben el camino procedimental que va a tener su causa. Por ello, el legislador ha señalado que por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben de conocer un proceso (art. 19.2); asimismo, ha elaborado determinados criterios para alcanzar una debida distribución

(37) CARNELUTTI, F. *Derecho procesal Civil y Penal*, cit., p. 71, nota 29.

(38) GARCÍA RADA, D., *Manual*, cit., p. 33; DEVIS ECHENDIA, *Teoría general*, cit., p. 135.

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

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

de la competencia penal, teniendo en cuenta sobre todo, presupuestos tan importantes como la especialidad y la proporcionalidad.

El CPP 2004 establece que la competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión (art. 19.1). En tal sentido, todas las infracciones establecidas en el Código Penal (delitos y faltas), así como en las leyes especiales, deben ser investigadas por la Fiscalía, y resueltas por el juez penal común u ordinario. Se establece que las cuestiones de competencia no suspenderán el procedimiento, salvo si se produce antes de ir a juicio (art. 20).

La ley procesal penal establece los criterios a seguir para la determinación de la competencia. A estos criterios deben de sujetarse los juzgados y salas judiciales penales y que igualmente determina la competencia de las Fiscalías.

5.1.1 Competencia objetiva y funcional

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

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

- 1) *Sala Penal de la Corte Suprema.* Constituye la instancia máxima en materia penal y su ámbito competencial está claramente regulado. En tal sentido, le corresponde (art. 26):
 - a) Conocer del recurso de casación contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales Superiores, en los casos previstos por ley.
 - b) Conocer del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación.
 - c) Conocer de la transferencia de competencia, conforme a ley.
 - d) Conocer de la acción de revisión.
 - e) Resolver las cuestiones de competencia que prevé la ley y las que se produzcan entre la jurisdicción ordinaria y la militar.
 - f) Solicitar al Poder Ejecutivo la extradición activa y emitir opinión consultiva sobre procedencia o no de la extradición pasiva.
 - g) Resolver la recusación planteada contra los magistrados.
 - h) Juzgar los casos de delitos de función que prevé la Constitución.
 - i) Conocer de los demás casos que el código y la ley establecen.

- 2) *Sala Penal de la Corte Superior.* La ley procesal establece que corresponde a las Salas Penales Superiores (art. 27):
 - a) Conocer de la apelación contra las sentencias y autos en los casos que prevé la ley, dictados por los jueces de investigación preparatoria y de juzgamiento.
 - b) Dirimir las cuestiones de competencia entre los jueces de investigación preparatoria y los jueces de juzgamiento, del mismo o distinto distrito judicial, de modo que corresponde resolver, en el 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 hubiera lugar.
 - e) Conocer del recurso de queja que prevé la ley.
 - f) Designar al vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como juez de investigación preparatoria en los casos previstos por ley y realizar el juzgamiento en los mismos casos.
 - g) Resolver los casos de recusación promovidos contra sus magistrados.
 - h) Conocer de los demás casos que prevé el código y las leyes.
- 3) *Juzgado penal unipersonal o colegiado (art. 28)*. Les corresponde:
- a) Conocer de los delitos según la pena conminada para el delito.
 - b) A ambos les compete dirigir el juicio oral, resolver las incidencias que se presenten en el juicio y los demás casos que la ley prevé.
 - c) El juzgado penal colegiado conocerá de las solicitudes de refundición o acumulación de penas.
 - d) El juzgado penal unipersonal conocerá:
 - i) De los incidentes sobre beneficios penitenciarios.
 - ii) De la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el juez de paz letrado. También del recurso de queja que prevé la ley.
 - iii) Dirime las cuestiones de competencia entre los juzgados de paz letrados.
- 4) *Juzgado de investigación preparatoria*, conforme al art. 29, le corresponde:
- a) Conocer de las cuestiones derivadas de la constitución de las partes en la investigación preparatoria.

- b) Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria.
 - c) Dirigir la diligencia de prueba anticipada.
 - d) Dirigir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia.
 - e) Ejercer los actos de control de la etapa preparatoria.
 - f) Ordenar la inscripción –si no se hubiera hecho– del occiso en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).
 - g) Conocer de los demás casos que el código y la ley establecen.
- 5) *El juzgado de paz letrado* conoce del proceso por faltas (art. 30). Excepcionalmente y cuando no exista juez letrado, conocerán los jueces de paz (art. 482).

5.1.2 Competencia territorial

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

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

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

- 4) Por el lugar donde fue detenido el imputado.
- 5) Por el lugar donde domicilia el imputado.

No habrá mayor duda cuando la acción y el resultado ilícito acontecen en un solo lugar, o cuando se trata de un delito flagrante, pues la determinación competencial está dada. Sin embargo, puede suceder que el *locus delicti commissi* no aparezca con claridad en la investigación de los hechos, y en tal sentido, la determinación competencial inicial debe tomarse con *carácter provisional*⁽⁴¹⁾, en tanto y en cuanto no se cuestione la competencia por razón del lugar de la comisión del delito.

En materia penal, la doctrina ha elaborado tres teorías para dar solución a esta cuestión: la teoría de la acción, la del resultado y la de la ubicuidad. La primera considera como lugar de comisión, aquel donde se exterioriza la voluntad delictiva del agente y donde el delito se ha ejecutado. La segunda sostiene que debe considerarse el lugar donde se consuma el resultado. Finalmente, la tercera entiende que el delito se comete tanto en el lugar donde se realizan los actos de ejecución como en donde se produce el resultado⁽⁴²⁾. HURTADO POZO⁽⁴³⁾ resalta la aplicación de la teoría de la ubicuidad con criterio restringido observando la distinción que hace el legislador entre producir “efectos” (art. 5 del CP) y producir el resultado (art. 9 del CP).

En la sentencia vinculante N.º 2448-2005, Lima, la Corte Suprema ha puesto de relieve la figura del juez predeterminado por la ley y la competencia territorial: “... el segundo párrafo del numeral tres del artículo 139 de la Constitución consagra entre otras garantías procesales la del juez legal, denominado por un sector de la doctrina ‘juez natural’, bajo el enunciado ‘ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ...’; que la predeterminación legal del juez no es otra que la del juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal,

(41) MORENO CATENA, V. y otros, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 126.

(42) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho Penal*, 2.ª edición, Lima, 1987, pp. 214 y ss.

(43) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho Penal*, cit., pp. 215-217.

aun cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulnera esta garantía...”.

Existen otros casos en los que se debe determinar la competencia por el territorio:

- 1) *Competencia por delito cometido en un medio de transporte.* El legislador trata de dar solución a los problemas que puedan presentarse cuando un delito se comete en un medio de transporte y existe duda para determinar con precisión la competencia territorial. El art. 22 de la nueva ley procesal establece los siguientes presupuestos:
 - a) Que el delito se cometa en un medio de transporte. No se establece expresamente a qué tipo de transporte se hace referencia, de modo que se comprende a toda forma utilizada por las personas para trasladarse de un lugar a otro, de una ciudad a otra (transporte aéreo, marítimo, terrestre u otro medio análogo).
 - b) Que no sea posible determinar con precisión la competencia territorial, la que se presenta cuando el delito se comete en un medio de transporte que se encuentra en los límites territoriales de la demarcación judicial.

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

- 2) *Competencia por delito cometido en el extranjero.* El Código Penal establece los casos en que se aplica la ley penal peruana por hechos punibles cometidos en el extranjero: a) cuando el agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; b) atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la Repú-

blica; c) agravia al Estado y a la defensa nacional, a los poderes del Estado, al orden constitucional o al orden monetario; d) es perpetrado contra peruano o por peruano, y el delito debe estar previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingrese de cualquier manera en el territorio de la República; y e) el Perú está obligado a reprimir conforme a los tratados internacionales (art. 2 del CP).

- 3) *Competencia por delitos graves y de trascendencia nacional.* El legislador ha considerado de importancia regular la competencia judicial pues se trata de delitos muy graves que confieren al órgano de gobierno del Poder Judicial la elaboración de un sistema de organización territorial y funcional de la competencia. En efecto, el art. 24 señala que los delitos *especialmente* graves o aquellos que produzcan *repercusión nacional* cuyos efectos superen el ámbito de un distrito judicial o los cometidos por organizaciones delictivas, podrán ser de conocimiento de la autoridad jurisdiccional que haya sido prevista por el órgano de gobierno del Poder Judicial. De ahí que en los casos de TID, lavado de activos, secuestro y extorsión que afecten a los funcionarios del Estado, podrían ser de conocimiento de los jueces de la capital, con **prescendencia** del lugar en el que hayan sido perpetrados, por ejemplo en cualquiera de los casos, la idea central de la misma radica en la complejidad de determinados delitos, en las dificultades logísticas de traslado a la sede judicial, de espacio, de posibilidades de fuga que puedan presentarse en la sede originaria, así como la seguridad para las personas investigadas, testigos, peritos y magistrados.

5.1.3 Competencia por conexión

Para MORENO CATENA⁽⁴⁴⁾, la conexión entre distintos procesos tiene lugar “cuando existen elementos comunes, bien en relación con los imputados (conexidad subjetiva), bien en relación con los hechos

⁽⁴⁴⁾ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 149.

delictivos (conexidad objetiva)⁷⁹. De esta manera, cuando se respetan los principios procesales se evitan sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas. Para MARTÍNEZ RAVE⁽⁴⁵⁾, la conexidad procesal se produce cuando se da lo siguiente: a) unidad de acción y pluralidad de infracciones; b) pluralidad de acciones y pluralidad de infracciones; y c) pluralidad de acciones y unidad de infracción.

Cabe señalar entonces que la posibilidad de existencia de una pluralidad de hechos punibles justifica la previsión del legislador sobre los casos de conexión en el proceso penal. Así, se reúnen en uno solo (acumulación)⁽⁴⁶⁾ a fin de evitar sentencias contradictorias y dilaciones indebidas. La doctrina agrupa los casos de *conexidad* en los siguientes:

- *Conexidad subjetiva*. Se presenta cuando la conexión entre los distintos procesos obedece a la existencia de una relación entre imputados⁽⁴⁷⁾ y se pueden distinguir dos casos: 1) cuando varios individuos aparecen imputados del mismo hecho punible como autores y partícipes; y 2) cuando varios imputados han incurrido en distintos delitos en tiempo y lugares distintos, de manera que existe vinculación entre ellos.
- *Conexidad objetiva*. Exige la conexión por existencia de varios hechos delictivos relacionados entre sí. Se considera de esta manera los delitos cometidos para procurarse los medios para cometer otros, para facilitar o consumir su ejecución, o para asegurar la impunidad⁽⁴⁸⁾.
- *Conexidad mixta*. Es aquella que resulta de la fusión de la conexidad subjetiva y la conexidad objetiva. Por esta fusión, se consideran conexos los diversos delitos imputados a una misma persona por incoarse una causa contra esta por cualquiera de estos ilícitos, si hubiera analogía o relación entre sí y no hubieran sido sentenciados.

(45) MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento Penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 172.

(46) LEONE, G., *Tratado*, cit., p. 396.

(47) MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 149.

(48) Véase MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 172.

Los artículos 31 y 32 del CPP 2004 establecen los supuestos de conexión y la solución legislativa al respecto. Así existe conexión:

- 1) Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos. En tal supuesto, será competente el juez que conoce del delito con pena más grave. Al mismo tiempo si el delito tiene igual penalidad, conocerá de este el juez que primero recibió la comunicación fiscal de formalización de la investigación preparatoria.
- 2) Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible. El legislador ha considerado que este supuesto se resuelve subsidiariamente por la fecha de comisión del delito; por el turno al momento de la formalización de la investigación preparatoria del fiscal; o por quien tuviera el proceso más avanzado. Si los procesos se encuentran en distintos distritos judiciales, se resuelve mediante las normas de competencia territorial.
- 3) Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. En este caso le corresponde al juez que conoce del delito con pena más grave; y si fueran de igual gravedad, al que primero recibió la comunicación de formalización de la investigación preparatoria por el fiscal.
- 4) Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad. El caso corresponderá al juez que conoce del delito sancionado con pena más grave.
- 5) Cuando se trate de imputaciones recíprocas. Igualmente, corresponderá al juez que conoce del delito con pena más grave y si hubiera igualdad, al que recibió primero la comunicación fiscal de investigación preparatoria.

Al lado de las citadas conexiones y criterios de competencia se regula el *concurso procesal de delitos*, de tal manera que existiendo casos de delitos sujetos a trámites distintos, el procedimiento a seguir es el que corres-

ponde al delito más grave. A su vez, tratándose de delitos que requieren del ejercicio privado de la acción penal, se siguen los mismos criterios, pero solo podrán acumularse entre ellas (art. 33); lo que equivale a decir que no cabe acumular un proceso de querrela y uno ordinario.

5.2 Cuestiones de competencia

Son aquellas incidencias que se presentan durante el proceso y que buscan reconducir el conocimiento de una causa por la autoridad judicial competente. Al mismo tiempo, buscan dar solución a los cuestionamientos que se presentan para su real determinación. Las cuestiones que se presentan pueden ser variadas y nuestro ordenamiento procesal penal reconoce la declinatoria de competencia, la transferencia de competencia y la contienda de competencia.

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

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

Si se declara consentida la resolución que declara fundado se remitirá lo actuado al juez que corresponda, con conocimiento de las partes (art. 36). En todo caso, contra la resolución que dicte el juez procede recurso de apelación ante la Sala Superior, la

misma que resuelve en última instancia (art. 37). En estos casos, la autoridad judicial deja de conocer del proceso, porque no le corresponde y remite lo actuado a quien se considera competente; sin embargo, mantienen su eficacia los actos procesales válidamente realizados antes de la declinatoria (art. 38).

- 2) *Transferencia de competencia.* La transferencia de competencia a una autoridad jurisdiccional distinta importa el traslado del conocimiento del caso por razones fundamentalmente de seguridad en la investigación y el juzgamiento. En doctrina y legislación comparada se admiten distintos supuestos. Paralelamente, nuestro CPP 2004 establece que procede únicamente cuando “circunstancias insalvables impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento o cuando sea real o inminente el peligro incontrolable contra la seguridad del procesado o su salud, o cuando sea afectado gravemente el orden público” (art. 39, modificado por Ley 28482). En estos casos, planteada la transferencia por el fiscal, el imputado o alguna de las partes procesales, y puntualizando los fundamentos y adjuntando la prueba, el juez formará el incidente. Del mismo modo, pondrá en conocimiento a las otras partes para que en el término de 5 días expongan lo conveniente. Vencido el plazo, lo remitirá a la Sala Superior para que resuelva en el plazo de tres días. Tratándose de jueces de distinto distrito judicial o de Salas Superiores, la transferencia será resuelta por la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 41).
- 3) *Contienda de competencia.* Consiste en la facultad que tiene un juez para pedir la competencia a otro magistrado cuando este conoce de la investigación de un delito que no le corresponde⁽⁴⁹⁾. El CPP 2004 reconoce la contienda de competencia por reconocimiento y por inhibición.

⁽⁴⁹⁾ SAAVEDRA ROJAS, E., *Constitución, Derechos Humanos y proceso penal*, Gustavo Ibañez, Bogotá, 1995, p. 191.

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

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

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

5.3 Acumulación y desacumulación de procesos

Los casos de conexión determinan la acumulación de procesos en uno solo, esta se sustenta en la necesidad de sujetarse al principio de unidad conexos en sedes judiciales distintas cuando es aconsejable su acumulación⁽⁵⁰⁾. Además, ello permitirá un tratamiento unitario del caso y un conocimiento integral y coherente de cada conducta perpetrada; así también de la personalidad de los imputados como condiciones indispensables para adecuar la pena, por lo que se evitaría de esa manera el riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias si se juzgara por separado⁽⁵¹⁾.

El art. 46 del CPP 2004 establece que cuando en los casos de conexión hubiera procesos independientes, la acumulación tendrá lugar con la observación de las reglas de la competencia. Pero además habría que señalar sus características más resaltantes:

- 1) La acumulación es *obligatoria* cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible (arts. 47.1 y 31.2).
- 2) La acumulación será facultativa en los demás casos siempre que los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia (art. 47.2).
- 3) La acumulación puede ser resuelta de oficio, a pedido de parte o como consecuencia de una contienda de competencia (art. 48.1). Contra esta resolución procede la apelación.
- 4) La acumulación en la fase del juicio también es procedente, así también la apelación. Luego la Sala Superior decidirá en cinco días hábiles. Contra esta decisión no procede recurso (art. 49).

⁽⁵⁰⁾ Véase GARCÍA RADA, D., *Manual*, cit., p. 59; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 151.

⁽⁵¹⁾ Ejecutoria Suprema de 20 de octubre de 1997, S. P. R. N. N.º 2939-97, Ancash, en *Jurisprudencia Penal*, ROJAS VARGAS, p. 181.

- 5) No procede la acumulación si se trata de procesos de trámite ordinario y otro de querrela; o cuando uno de ellos corresponde a la jurisdicción ordinaria y el otro a la militar (art. 50).

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

En aquellos casos complejos o de criminalidad organizada, que comprendan un número muy importante de personas investigadas (50, 80 o más) resulta aconsejable su división en dos o más procesos para un mejor tratamiento procesal de la misma investigación, en la fase intermedia y sobre todo en el juzgamiento. La experiencia enseña las dificultades que se presentan cuando más de 10 personas son objeto de juicio oral, dado el número de abogados la actividad probatoria e incidencias que se pueden presentar, por lo que es fácil de entender las posibilidades de demora o dilación que surjan. Por ello, es mejor que en fase de investigación preparatoria se decida la “desacumulación” de estos casos.

5.4 Inhibición y recusación

La regularidad del proceso penal y su éxito se sustenta principalmente en la actuación proba de la autoridad judicial, el respeto a las normas de procedimiento, la independencia de la judicatura y la imparcialidad en sus decisiones. Una de las mayores ambiciones en materia penal radica en que los jueces “gocen de completa independencia y, además, actúen con absoluta imparcialidad eliminando toda causa que pueda inclinar, aun inconscientemente, su decisión”. A esto se le viene a llamar *capacidad subjetiva del juez*⁽⁵²⁾.

(52) MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento Penal colombiano*, cit., p. 185.

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

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

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

5.4.1 La inhibición

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

cional, consciente de que está impedido por causas ético-legales, deja de conocer un proceso penal, ya sea por autodeterminación o a instancia de parte⁽⁵³⁾.

El art. 53 del CPP de 2004 es claro al señalar que los jueces se inhibirán en los casos que la misma ley establece. Las causales son las siguientes:

- 1) *Causales cerradas*. La ley procesal establece las causas para la inhibición de manera taxativa.
 - a) Cuando el juez tuviese directa e indirectamente interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales, a pesar de que tales vínculos se hayan anulado, disuelto, o que hayan cesado los efectos civiles del matrimonio (art. 53.1.a). Es el caso en que el juez fuera agraviado por el hecho punible, o lo fuera su pariente en los niveles de parentesco señalados o que sean las personas imputadas, resulta lógico pues que el juez no puede la autoridad que conozca del mismo. Tampoco debe admitirse que conozca de un caso cuando alguno de sus parientes tenga interés en el mismo. No cabe duda de que se afecta el principio de imparcialidad.
 - b) Cuando el juez tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima o contra sus representantes (art. 53.1.b). La amistad del juez con cualquiera de los sujetos de la relación procesal puede afectar su imparcialidad o generar un cuestionamiento. La notoriedad exige el conocimiento de tal relación por la colectividad o por parte importante de ella. Lo mismo puede exigirse de la enemistad manifiesta que puede traducirse en peleas, insultos, denuncias, etc., que puedan afectar la imparcialidad del juez.

⁽⁵³⁾ MIXÁN MÁSS, F., *Derecho Procesal Penal*, T. III, cit., p. 236.

- c) Cuando el juez fuera acreedor o deudor del imputado, víctima o tercero civil (art. 53.1.c).
- d) Cuando el juez hubiere intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima (art. 53.1.d). El primer caso obedece a que la autoridad judicial ya ha conocido de los hechos e intervenido judicialmente sea como juez inferior o como fiscal; por lo tanto, no debe de intervenir en la etapa del juicio o como vocal. El segundo caso prevé el supuesto en que el juez haya intervenido anteriormente *en el mismo proceso* en calidad de testigo, perito o abogado de alguna de las partes.

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

De acuerdo con la misma normatividad civil, cuando un pedido de recusación se desestima, el juez puede condenar al recusante a pagar una multa no menor de tres ni mayor de diez unidades de referencia procesal (art. 316° del CPC).

- 2) *Causal abierta*. Además de estos casos, el legislador ha previsto la *causal abierta* de inhibición (o recusación) por *temor de imparcialidad* como lo expresa ROXIN⁽⁵⁴⁾ cuando exista “cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad” (art. 53.1.e).

⁽⁵⁴⁾ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 43.

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

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

5.4.2 La recusación

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

si el juez no se inhibe puede ser recusado por las partes. Se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- 1) La recusación se formula por escrito, bajo sanción de inadmisibilidad y siempre que se sustente en alguna de las causales del art. 53 y adjuntando los elementos de convicción (prueba) pertinentes.
- 2) La recusación se interpone dentro de los tres días de conocida la causal que se invoque. En ningún caso procederá luego del tercer día hábil anterior al fijado para la audiencia. Sin embargo, si después de iniciada la audiencia, el juez advierte – por sí o por las partes– la existencia de una causal de inhibición, deberá declararse de oficio (art. 54.2).
- 3) Si la recusación se interpone fuera del plazo legal será declarada inadmisibile y se rechazará de plano.
- 4) En el caso de procedimiento recursal, la recusación será interpuesta dentro del tercer día hábil del ingreso de la causa a esa instancia (art. 54.3).
- 5) Todas las causales de recusación deben de ser alegadas al mismo tiempo (art. 54.4), lo que impide que se formulen recusaciones seguidas por causales distintas.
- 6) La consecuencia inmediata de la inhibición o recusación es el reemplazo del magistrado por otro, de acuerdo a ley, con conocimiento de las partes.
- 7) Si alguna de las partes no está de acuerdo con la inhibición o la aceptación de la recusación podrá apelar tal decisión ante la instancia superior para que resuelva dentro del tercer día. Contra esta decisión no procede ningún recurso.
- 8) Si el juez rechaza de plano la recusación o no está de acuerdo con ella, formará un incidente y lo elevará a la Sala Superior en el plazo de un día a fin de que resuelva en tres días. Contra esta decisión tampoco procede recurso alguno.

- 9) La ley establece que en la recusación contra los miembros del órgano jurisdiccional colegiado se sigue el mismo trámite y corresponderá decidir al mismo tribunal que se integrará con otro magistrado. Se entiende que en tal decisión no interviene el juez que se inhibe o es recusado. Contra esta decisión no hay impugnación alguna.
- 10) Si la recusación fuera contra todos los jueces que integran el colegiado, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por ley. Conforme a la sistemática del código, será otro colegiado del mismo nivel.
- 11) Tratándose de secretarios y de quienes son auxiliares judiciales también procede la inhibición o recusación, la misma que será resuelta por el juez donde ejercen funciones, quien decidirá inmediatamente reemplazándolo durante ese trámite por el llamado por ley (art. 58).
- 12) Se establece que mientras esté pendiente de resolver la inhibición o la recusación se podrá decidir sobre la libertad o privación de la libertad del imputado, y actuar diligencias que sean urgentes e irrealizables posteriormente o que no permitan ninguna prórroga (art. 59).

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

5.5 La exclusión del fiscal

Se trata de una nueva institución procesal que permite el reemplazo de un fiscal que no cumple debidamente con sus funciones en el ámbito de un proceso penal determinado. Además de reconducir la función fiscal, se busca mantener la continuidad del proceso dentro de sus cauces normales.

El artículo 62.1 de CPP 2004 establece que el superior jerárquico de un fiscal, de oficio o a petición del afectado (agraviado o imputado), “podrá reemplazarlo cuando no cumple adecuadamente con sus funciones o incurre en irregularidades”. De dicho texto se desprende lo siguiente: a) la exclusión fiscal se sujeta al control jerárquico del fiscal inmediato superior y a la correcta participación de un fiscal en un caso concreto; b) el fiscal que decide la exclusión es aquel de la instancia superior en línea de jerarquía funcional: el superior respecto del fiscal provincial y el fiscal supremo respecto del fiscal superior; respecto del fiscal supremo no está prevista una instancia superior, pero podría pensarse en el Fiscal de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos; sin embargo, dichas autoridades conocen solo asuntos administrativos; c) el fiscal de instancia superior actúa de oficio, cuando conoce de manera pública de la inadecuada conducta funcional del fiscal inferior, o a instancia de la parte afectada; d) el motivo central para exclusión radica en la inadecuada conducta funcional del fiscal: participa de la audiencia o diligencias sin conocer el caso, no concurre o llega muy tarde a las mismas, se conduce irrespetuosamente en las diligencias o muestra falta de interés, entre otros supuestos; o incurre en irregularidad cuando genera dilación innecesaria del proceso, parcialidad manifiesta o varía sus requerimientos sin fundamentación alguna o genera desorden en las audiencias, etc.

Esta exclusión también será posible cuando el fiscal cuestionado “está incurso en las causales de recusación establecida respecto de los jueces”, para lo cual exige que se realicen indagaciones “previas” para confirmar la existencia de alguna causal que lo sustente.

En estos supuestos también se puede optar por el pedido de excusa o inhibitoria del fiscal, que no solo alcanza a los fiscales de primera y segunda instancia, sino también a los fiscales supremos, según se desprende de una interpretación amplia y sistemática del artículo 23 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Es necesario señalar que no resulta procedente la exclusión del fiscal adjunto, pues su actuación funcional es por delegación del titular, por lo que si incurre en tales supuestos, se hace de conocimiento del fiscal titular para que corrija dicha situación participando el mismo en las audiencias o diligencias, o delegando en otro adjunto.

Por último, en caso de exclusión, el juez está obligado a aceptar el reemplazo del fiscal.

Capítulo IV

LOS SUJETOS PROCESALES

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente a las personas que intervienen en el proceso penal se les llama partes, comprendiendo principalmente a aquellas que se enfrentan en el proceso, aludiéndose a los adversarios o contendientes; sin embargo, esta denominación no es suficiente para considerar a otras personas que participan en el proceso e incluso no comprendería al juez que, por su estatus de imparcialidad, está por encima de las partes⁽⁵⁵⁾. De allí que la doctrina y el derecho comparado opta por denominar a todas aquellas personas que intervienen con la denominación de sujetos procesales, quienes pueden ser *principales* (juez, fiscal e imputado) y *secundarios* (actor civil, tercero civil responsable y defensor), excepto a los *terceros*⁽⁵⁶⁾, es decir, los testigos, peritos, intérpretes, policía judicial y auxiliares de justicia, a quienes CLARÍA OLMEDO llama “colaboradores del proceso”⁽⁵⁷⁾.

El régimen procesal penal, desde una óptica acertada, define claramente el rol que cumple cada uno de los sujetos procesales. En tal sentido, dedica la sección IV “El Ministerio Público y demás sujetos

(55) Véase SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, pp. 199 y ss.

(56) *Ibíd*em, p. 122.

(57) CLARÍA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, T. I, Ediar, Córdova, 1960, p. 426.

procesales”, libro primero “Disposiciones Generales”, a desarrollar su participación. Previamente, en la sección III “La Jurisdicción y Competencia” del mismo título primero, está desarrollado lo que concierne a la actividad jurisdiccional, lo cual no obsta a que en esta parte podamos referirnos, brevemente, al juez como sujeto procesal.

Si bien es cierto se incorpora el rol de la Policía Nacional en el Título I, denominado “El Ministerio Público y la Policía Nacional”, no debemos entender que el CPP 2004 pretenda darle la condición de sujeto procesal, sino que ello obedece a un criterio sistemático del legislador en orden a la dependencia funcional de la policía al fiscal. En el presente trabajo, el rol que cumple la policía será tratado cuando abordemos la etapa de investigación preliminar, ya que, por excelencia, es en esa etapa de proceso, que su función, como colaborador del proceso, cobra especial relevancia.

2. EL JUEZ PENAL

En el esquema del proceso penal, la figura del juez penal adquiere especial preeminencia, pues, como ya lo hemos referido, a diferencia del sistema inquisitivo, garantiza la regularidad del procedimiento investigador y toma decisiones trascendentes para la protección o limitación de los derechos fundamentales de la persona. CARNELUTTI refiriéndose al juez, afirmaba que “no existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente. Está colocado, en el aula, sobre la cátedra; y merece esta superioridad”⁽⁵⁸⁾.

2.1 La intervención del juez en el proceso penal ordinario

El juez aparece como sujeto procesal principal con las denominaciones de juez de la investigación preparatoria, juez del juicio y juez de apelación. El juez adquiere distintos roles en el proceso, pero, principalmente, se aleja definitivamente de la función de instruir (investigar) que tenía conforme al Código antiguo. De esta

⁽⁵⁸⁾ CARNELUTTI, Francisco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p. 27.

manera, se precisan y amplían las posibilidades de intervención de las partes. En tal sentido, SAN MARTÍN CASTRO señala que el juez no interviene en la investigación preparatoria, ni define el objeto del proceso, pues son las partes las que la delimitan e introducen los hechos, asumiendo ellos la carga de la prueba⁽⁵⁹⁾. El juez pasa a ser, exclusivamente, un órgano jurisdiccional que garantiza los derechos fundamentales y procesales de las personas involucradas en la investigación preparatoria, luego decide el paso al juicio oral a través del control jurisdiccional que realiza en la etapa intermedia y, finalmente, otro juez dirige la etapa de juzgamiento.

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

Ello significa entonces, que la fase completa de investigación está a cargo de la Fiscalía; sin embargo, existen momentos decisivos del proceso penal están destinados al control jurisdiccional del juez. De ahí que, el juez penal cumple con funciones decisorias tradicionales, pero también con otras nuevas y exclusivas de decisión ante el requerimiento fiscal o los pedidos que hacen las partes. Entre estas funciones: dirige todas las audiencias en la fase de investigación preparatoria, dicta las resoluciones que correspondan durante toda la investigación, dirige el juicio y dicta sentencia. En otras palabras, en el proceso penal ordinario, intervienen un juez de la investigación preparatoria que adopta las decisiones correspondientes durante dicha fase y también en la etapa intermedia; el juez (órgano jurisdiccional unipersonal) o tres jueces (órgano jurisdiccional colegiado), quienes se encargan de dirigir el juicio oral; en caso de apelación interviene un tribunal superior; y, por último, en los casos de casación, está a cargo la Sala Suprema Penal.

⁽⁵⁹⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César, "Acerca de la función del juez en la investigación preparatoria", en *Actualidad Jurídica* N.º 146, Lima, enero 2006, p. 277.

2.2 Etapas del proceso penal y las funciones del juez penal

El *juez de la investigación preparatoria* tiene funciones específicas⁽⁵⁶⁾ señaladas en la ley y se rige por los principios de su ley orgánica y de aquellos que se inspiran en el nuevo proceso penal (art. 323), entre ellos, los de independencia, imparcialidad, contradicción y acusatorio. Se pueden señalar los siguientes aspectos resaltantes:

- 1) Previa audiencia, dicta las medidas coercitivas solicitadas por el fiscal y las partes. También las medidas limitativas de derechos y las de protección.
- 2) Realiza las diligencias solicitadas por el fiscal y las partes, de acuerdo a la ley procesal (pedidos de variación de medidas de coerción, control del plazo de la investigación preparatoria, por ejemplo).
- 3) Autoriza la constitución de las partes procesales.
- 4) Resuelve las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
- 5) Dirige las diligencias sobre prueba anticipada, conforme a la forma prevista por la ley.
- 6) Controla el cumplimiento de los plazos procesales a pedido de las partes.

Además, *en la etapa intermedia* del proceso, el juez de la investigación preparatoria asume importantes funciones:

- 1) Dirige la audiencia preliminar cuando el fiscal emite su acusación y esta es objeto de observación o cuestionamiento por las partes. Se trata de la audiencia de control de la acusación. En la misma diligencia se pueden deducir medios de defensa técnicos contra la acción penal (arts. 351 y 352)

⁽⁶⁰⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César, señala como funciones la de coerción, la de garantía, la de instrumentación o de documentación (radicada en la instrumentación de la prueba anticipada), la ordenatoria, la de ejecutoriedad y la de decisión. En "Acerca de la función del juez en la investigación preparatoria", cit., p. 283.

e incluso esta última disposición faculta al juez, de oficio, a decidir el sobreseimiento del proceso.

- 2) Resuelve el pedido de sobreseimiento total o parcial del proceso a pedido del fiscal y previa audiencia con intervención de las partes (arts. 344-346).
- 3) Dirige la diligencia de prueba anticipada, con intervención de las partes acreditadas.
- 4) Dicta el auto de enjuiciamiento, cuyo contenido radica en la citación a juicio, la fecha (que no será la más próxima no menor a 10 días) y hora del mismo, la sede judicial, las personas que deben concurrir y los apercibimientos que correspondan.

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

- 1) La dirección del juzgamiento, cuidando el respeto al debido proceso y demás principios constitucionales.
- 2) La dirección y control del juicio y de la actividad probatoria.
- 3) El uso de medios disciplinarios si fuere el caso.
- 4) La resolución de las incidencias que se presenten en el juicio.
- 5) La deliberación y resolución final o sentencia.
- 6) La concesión de los medios impugnatorios, cuando corresponda.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO

3.1 Diseño constitucional

El Ministerio Público es un organismo constitucionalmente autónomo que, principalmente, defiende la legalidad y los intereses tutelados por el derecho.

La Fiscalía nace como ente autónomo y separado del Poder Judicial con la Constitución de 1979 y se mantiene en sus contornos normativos

e institucionales con la Carta Constitucional de 1993. De acuerdo con dicha Constitución Política es el ente persecutor que tiene el *monopolio* del ejercicio público de la acción penal, esto es, promueve de oficio o a petición de parte, la acción penal (art. 139.1,5), así también conduce o dirige la investigación del delito (art. 139.4).

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

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

3.2 Principios que orientan su actividad

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

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

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

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

- 2) *Principio de objetividad*. Este principio resulta fundamental en la actuación del Ministerio Público. El art. IV, apartado 2 del CPP 2004, establece que el fiscal “está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”. Más adelante, se reafirma este principio cuando establece la ley que el fiscal “adecua sus actos a un criterio objetivo” (art. 61).

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

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

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

- 3) *Principio de independencia e imparcialidad.* El texto procesal señala que el fiscal “actúa en el proceso penal con independencia de criterio (...) rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley; sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación” (art. 61.1). Conforme al principio de *independencia*, la autoridad fiscal, al igual que el juez, se rigen por la Constitución y la ley, máxime si uno de los principios rectores del Ministerio Público es la defensa de la legalidad. Este apego a la ley rige durante toda su actuación en el proceso penal: en el inicio de

la investigación preliminar, en la investigación preparatoria y cuando se formula acusación o decide por el sobreseimiento. Comprende no solo los principios rectores que nacen de la Constitución, sobre todo aquellos referidos a los derechos fundamentales de la persona y a la función judicial (arts. 2 y 139) que sean pertinentes, sino también a los convenios o pactos internacionales, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina que imprime el Tribunal Constitucional peruano.

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

La imparcialidad exige que el fiscal no se incline a favor de alguna de las partes, de lo contrario, cabe que se le pida su apartamiento o que se inhíba o se excuse de seguir conociendo del caso. Asimismo, conforme a la nueva ley procesal, solo los jueces pueden ser recusados (art. 53); sin embargo, el fiscal superior, previa indagación, puede disponer el reemplazo del fiscal cuando incurra en causal de recusación establecida para los jueces (art. 62.1).

Por otro lado, se debe señalar que cuando el fiscal formula acusación su posición cambia, pues asume ya la función de *parte* que sustenta un pedido de pena y reparación civil contra el acusado, lo que permite establecer dos posiciones generalmente encontradas: el que acusa y el que se defiende. Nos encontramos aquí ante un típico antagonismo procesal de naturaleza acusatoria en el juicio oral donde el fiscal ya es parte.

- 4) *Principio de unidad.* Conforme a este principio, se pretende la uniformidad en la forma de actuación fiscal, incluso en los criterios que debe asumir, aunque respetando su independencia.

El Ministerio Público actúa como un todo ante la sociedad y ante la judicatura⁽⁶¹⁾. En su rol de director de la investigación y en su intervención durante el juzgamiento, los representantes del Ministerio Público pueden actuar (respetando sus jerarquías y competencias) en las diligencias de investigación y en las judiciales, e incluso delegar funciones o ser reemplazados, sin que ello afecte al proceso penal.

De allí, que se posibilite la participación de los fiscales adjuntos en las distintas actuaciones que les corresponde desarrollar. Incluso, en casos de urgencia, ante la comisión de un hecho delictivo de gran envergadura o un suceso fatídico que requiera de la intervención de un número mayor de fiscales, puede disponerse la intervención de distintos representantes de la Fiscalía, a fin de cumplir con sus funciones. En el proceso penal, este principio adquiere singular importancia debido a la forma corporativa de la actuación fiscal en la investigación y juzgamiento de los delitos. Así, el fiscal y su adjunto constituyen una unidad en la realización de diligencias; lo mismo se puede decir de los operativos que se realizan en coordinación con la policía, donde intervienen 40 o 50 fiscales adjuntos con objetivos determinados. También cuando los fiscales asumen una posición sobre determinado caso o se trata de una postura institucional.

- 5) *Principio de jerarquía*. Este principio no se encuentra relacionado necesariamente a los niveles jerárquicos existentes en el Ministerio Público, sino con las distintas formas de instrucciones y de control que existen entre ellos en atención al ejercicio funcional, de tal manera que los fiscales superiores y supremos –que son competentes por conocimiento del caso en grado– están en una posición funcional de impartición de instrucciones al fiscal inferior para que cumpla debidamente

⁽⁶¹⁾ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 304.

sus funciones. A su vez, todos los fiscales están ubicados respecto del Fiscal de la Nación⁽⁶²⁾.

Esta relación jerárquica conlleva dos situaciones específicas: a) la posibilidad de que el superior controle la actuación del fiscal de cargo inferior y b) el deber de obediencia de los subordinados respecto de aquel⁽⁶³⁾. Este control jerárquico se manifiesta cuando el superior conoce del caso en común y en la forma prevista procesalmente, de manera tal que pueda orientar o instruir al inmediato inferior; o, cuando la máxima autoridad imparta las instrucciones generales o específicas que considere necesarias para la debida marcha institucional y procedimental, sin que ello afecte su independencia de criterio.

4. EL IMPUTADO Y SU DEFENSA

4.1 Concepto

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

Sobre este sujeto procesal gira la relación jurídica, aunque su presencia no es indispensable para el inicio y continuación del proceso⁽⁶⁴⁾. Debe ser debidamente identificado desde el primer momento de la investigación preliminar. También se deben conocer sus datos personales, señas particulares, sus impresiones digitales (cuando sea necesario). En caso de negarse a proporcionar dicha información o si lo hace falsamente, se faculta el empleo de testigos u otros medios útiles para conocer de su identidad (art. 72). Sobre todo, en la primera

⁽⁶²⁾ Sobre este principio y el de autonomía, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC, Loreto, caso Chávez Sibina, de 9 de agosto de 2006.

⁽⁶³⁾ ILANUD, *El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno*, San José de Costa Rica, 1991, p. 88.

⁽⁶⁴⁾ Véase SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 140 y ss.

fase de investigación, deben de agotarse los esfuerzos a fin de conocer debidamente la identidad del imputado; las razones son obvias: el proceso penal debe seguirse contra persona verdadera y con cargos de imputación, verificados; para evitar confusiones o inexactitudes que puedan dar origen a que, por ejemplo, se inicie un proceso contra persona distinta e incluso se ordene alguna medida coercitiva contra esta, de modo que se trata de evitar los efectos dañinos que ocasiona la homonimia.

4.2 Derecho de defensa. Manifestaciones

El derecho a defenderse es propio del imputado desde que es sometido a investigación y hasta la culminación del proceso. Lo que se evidencia cuando ejerce el derecho a la última palabra (art. 391.1).

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

Este derecho se encuentra regulado, además, en el Título Preliminar del Código, en cuyo art. IX establece: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informen de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”. Han de resaltarse aspectos específicos que comprende el derecho de defensa y que el CPP 2004 recoge de manera especial: derecho a un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir en plena igualdad en la fase probatoria; a utilizar los medios de defensa que la ley establece; y a

intervenir en cualquier momento del procedimiento incluso en las impugnaciones, conforme a la ley.

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

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

Es necesario señalar que el CPP 2004 obliga a los jueces, fiscales y policías a que hagan conocer sus derechos al imputado, de manera inmediata y comprensible. En consecuencia, habrá que dejar de lado los tecnicismos para hacer que el imputado comprenda -utilizando los términos más sencillos, de ser el caso- no solo los cargos en su contra y la investigación o proceso penal que se le sigue, sino también y sobre todo de sus derechos, reconocidos por la ley. Podemos señalar que el imputado tiene:

- 1) Derecho a conocer los cargos formulados en su contra; de la causa o motivos de su detención, por lo que se le debe entregar la orden de detención cuando corresponda.
- 2) Derecho a designar a la persona o institución a la que debe de comunicarse inmediatamente la detención.
- 3) Derecho a ser asistido por un defensor desde la investigación inicial.

- 4) Derecho a no declarar o a pedir la presencia de su defensor para hacerlo.
- 5) Derecho a que no se empleen en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sujeto a métodos que sometan su voluntad.
- 6) Derecho a ser examinado por un médico legista o profesional de la salud, cuando su estado físico así lo requiera.

4.3 Abogado defensor. Derechos

Por otro lado, el abogado defensor del imputado, por su función, tiene derecho:

- 1) A interrogar directamente a su defendido, así como a los testigos y peritos.
- 2) A ser asistido por un perito particular en las diligencias en las que sea necesario y pertinente.
- 3) A participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
- 4) Aportar medios de investigación y de prueba pertinentes.
- 5) A presentar escritos o peticiones orales en temas de mero trámite.
- 6) A tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, con las limitaciones previstas en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
- 7) A ingresar a los establecimientos penales o dependencias policiales para entrevistarse con su patrocinado.
- 8) A expresarse con libertad, sea por escrito u oralmente, sin ofender el honor de las personas.
- 9) A interponer las excepciones o recursos que permite la ley.

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

5. LAS PERSONAS JURÍDICAS

El CPP 2004 introduce la figura de la persona jurídica como sujeto procesal, con la finalidad de posibilitar la aplicación de lo dispuesto por los artículos 104 y 105 del Código Penal, relativos al comiso y las consecuencias accesorias que regula la ley penal. Conforme al texto punitivo y a la reciente doctrina penal que se ha elaborado, la persona jurídica puede ser pasible de sanción económica, debido a que se faculta al juez a decretar la privación de los beneficios obtenidos cuando fueran consecuencia de un hecho punible cometido en el ejercicio de su actividad por funcionarios o dependientes, en cuanto fuere necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de estos últimos, en el caso que sus bienes fueran insuficientes (art. 104). También, se establecen determinadas medidas a ser impuestas por el juez cuando el hecho punible fue cometido en ejercicio de la actividad de cualquier empresa jurídica o utilizando su organización para favorecer o encubrir el ilícito (art. 105). Estas medidas son las siguientes:

- 1) Clausura de sus locales temporal o definitivamente.
- 2) Clausura temporal que no exceda de cinco años.
- 3) Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
- 4) Suspensión de sus actividades por un tiempo no mayor de dos años.
- 5) Prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en que el delito se haya cometido, favorecido o encubierto. La prohibición será temporal o definitiva. La temporal no será mayor a cinco años.

- 6) Orden del juez a la autoridad competente para que disponga la intervención de la persona jurídica con el fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores.

La ley procesal establece la forma en que dichas personas jurídicas deben ser emplazadas y comprendidas en el proceso a requerimiento del fiscal una vez iniciada la investigación preparatoria. Dicha petición la hace al juez y hasta antes de concluir dicha etapa procesal, se deben proporcionar los datos de la persona jurídica, la relación existente con los hechos que investiga y la fundamentación legal pertinente. El juez hará conocer de tal pedido a la persona jurídica, convocará la realización de una audiencia, escuchará a las partes intervinientes y emitirá la resolución que corresponda (arts. 90 y 91).

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

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

6. LA VÍCTIMA, EL AGRAVIADO Y EL ACTOR CIVIL

La víctima es aquella persona, grupo, entidad o comunidad afectada por la comisión del delito, aunque no sea específicamente la tenida en cuenta por el sujeto activo del delito⁽⁶⁵⁾. Comúnmente es la persona que sufre la acción delictiva y aparece en el proceso penal como agraviado. En el caso de robo o agresión sexual, interviene el

⁽⁶⁵⁾ MARTÍNEZ-ARRIETA, Andrés, "La víctima en el proceso penal", en *Revista Actualidad Penal* N.º 4, semanas 22-28, enero, 1990, p. 44.

afectado directamente, es decir, la víctima del delito; a su vez, en el caso de homicidio, intervienen el familiar más cercano de la víctima, debidamente acreditado; y en el caso de una empresa, su representante.

El Código define al agraviado y dice que es todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la ley designe. También son considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan (art. 94). Están comprendidas las asociaciones de derechos humanos o de protección ambiental u otras que defienden intereses colectivos o difusos, siempre que hayan sido reconocidas o inscritas con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento y el objeto social esté vinculado directamente con los intereses de la víctima u ofendido.

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

Entre los derechos del agraviado deben señalarse los siguientes:

- 1) A ser informado de los resultados del procedimiento aun cuando no haya intervenido en él cuando lo solicite.
- 2) A ser escuchado antes de cada decisión judicial que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.
- 3) A recibir un trato debido y respetuoso, conforme a la dignidad que tiene una persona; a la protección de su integridad y la de su familia. Se preservará su identidad en los casos de agresión sexual.
- 4) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
- 5) Debe ser informado de sus derechos cuando interponga una denuncia.

- 6) Debe ser informado de su derecho a declarar ante la autoridad judicial.
- 7) Tratándose de menores o incapaces, estos tienen derecho a ser acompañados por una persona de su confianza.

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

El *actor civil* es la persona legitimada para intervenir en el proceso penal y reclamar la reparación civil. Es todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una “pretensión patrimonial” ante la comisión de un delito imputado al autor⁽⁶⁶⁾. El agraviado, sus parientes cercanos o las organizaciones afectadas en los intereses colectivos o difusos solicitan al juez de la investigación preparatoria su constitución como actor civil. El magistrado competente dictará la resolución que corresponda.

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

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

7. EL QUERELLANTE PARTICULAR

Este sujeto procesal es propio de los procedimientos privados o por ejercicio privado de la acción penal en donde su ejercicio está reservado exclusivamente al agraviado u ofendido por el delito. El art. 107 establece expresamente que “el directamente ofendido por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere

⁽⁶⁶⁾ MORENO CATENA V y GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Colex, 1997, p. 178.

responsable del delito en su agravio". En estos casos, el Ministerio Público no interviene.

Doctrinariamente se denomina querellante particular a dicho sujeto procesal en el procedimiento especial o querrela; y a la persona denunciada, querrellada. El procedimiento es muy sencillo y rápido. Además de ser un requisito que el querellante sea el titular de la acción, la ley exige lo siguiente como contenido de la querrela:

- 1) La identificación acreditada del querellante o su representante, con indicación del domicilio real y procesal.
- 2) El relato de los hechos, las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión, así como la identidad del querrellado.
- 3) La pena y reparación civil que pretende.
- 4) El ofrecimiento de la prueba que sustente su querrela.

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

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

8. EL TERCERO CIVIL

El tercero civil es aquel sujeto procesal que interviene en el proceso por tener alguna relación o vinculación con el imputado del delito y que por dicha consideración coadyuva al pago de la reparación civil. Es

la persona natural o jurídica que sin haber participado en la comisión del delito interviene en el proceso para responder económicamente a favor del agraviado, a título de garante. Como señala GIMENO SENDRA, es la parte pasiva de la pretensión civil acumulada al proceso penal con capacidad para defenderse de la pretensión de resarcimiento⁽⁶⁷⁾.

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

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

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

(67) GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 159.

Parte II

ETAPAS DEL
PROCESO PENAL



Capítulo I

LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La investigación preliminar constituye una de las fases de mayor importancia en el proceso penal, pues tiene mucha incidencia en la decisión final sobre el caso, esto es, al momento de emitir sentencia penal. Esta fase se encuentra compuesta por los pasos iniciales de toda investigación penal y comprende las primeras actuaciones investigadoras y de aseguramiento de los primeros elementos de prueba, los que van a ser sustanciales para continuar o no con el proceso penal.

Se trata de una investigación inicial, resultado de la denuncia que se presenta ante la autoridad fiscal o policial, o cuando tales agentes proceden de oficio, vale decir, cuando por iniciativa propia deciden dar inicio a los primeros actos de investigación (por ejemplo, luego de tomar conocimiento del hecho criminal por los medios de comunicación). La investigación preliminar está a cargo del Ministerio Público, representado por el fiscal, quien la dirige y cuenta con el apoyo de la Policía Nacional, entidad con la que coordina una actuación conjunta. Por eso, cuando la policía interviene de oficio, tiene el deber de dar cuenta inmediatamente al director de la misma, esto es, al fiscal.

La importancia de esta etapa radica en la necesidad estatal de perseguir la conducta delictuosa; de conocer de toda denuncia con características de delito, con la finalidad de verificar su contenido y

verosimilitud; de saber sobre las primeras declaraciones; de recoger los primeros elementos probatorios; de asegurar los mismos; de adoptar las primeras medidas coercitivas o cautelares; y de decidir, si existen elementos probatorios suficientes, o el contenido del hecho, para continuar con la investigación del delito y de sus autores.

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

En esta etapa de actos iniciales de investigación se posibilita la intervención del órgano jurisdiccional (juez de la investigación preparatoria) en el ámbito de las decisiones sobre medidas de coerción penal o cautelar, pues, como autoridad jurisdiccional, es la única que posee facultades de coerción dentro del proceso penal; convalida algunas diligencias de investigación fiscal y toma decisiones cuando la parte imputada le solicita una audiencia de tutela de derechos o un control de plazos.

2. RÉGIMEN DE LA DENUNCIA

La denuncia, en materia penal, posee connotación procesal y da origen a una actividad específica de los órganos públicos encargados de la investigación penal. El profesor español MONTERO AROCA⁽⁶⁸⁾ la denomina denuncia procesal penal y la considera una declaración de conocimiento acerca de la noticia de hechos que podrían ser constitutivos de delito o falta, la que se hace ante el órgano jurisdiccional, el órgano del Ministerio Público o la autoridad policial. En nuestro sistema, los destinatarios de la denuncia por delito de naturaleza pública son el Ministerio Público y la Policía Nacional.

La acción de denunciar un hecho que reviste las características del delito, es decir, de transmisión de ese conocimiento, puede ser tomada

⁽⁶⁸⁾ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1994, p. 148.

como una facultad u obligación. Como *facultad* cualquier persona puede denunciar hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, solo cuando se trata de delitos en que el ejercicio de la acción penal sea de carácter público (art. 326.1); y como *obligación* la ley procesal enuncia quiénes se encuentran obligados a denunciar, entre ellos: a) los obligados por expreso mandato de la ley, en especial los profesionales de la salud y los educadores, por los delitos que conozcan en el desempeño de su respectiva actividad; y b) los funcionarios en ejercicio de sus atribuciones, o por razón de su cargo, cuando tomen conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo (art. 326.2).

Sin embargo, en atención al sujeto, hay quienes no se encuentran obligados a denunciar, entre ellos, ningún sujeto tiene el deber u obligación de formular denuncia contra su cónyuge y parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; asimismo, no tienen tal obligación los profesionales que conozcan sobre hechos delictivos amparados por el secreto profesional (art. 327).

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

- 1) El denunciante debe ser plenamente identificado y puede ser una persona natural o jurídica.
- 2) La denuncia debe contener una narración detallada y veraz de los hechos, y, en caso de ser posible, la individualización del presunto responsable.
- 3) La denuncia puede ser formulada por cualquier medio. En caso que sea *escrita* el denunciante deberá firmar y colocar su huella digital. Por otro lado, si fuese verbal se registrará en el acta respectiva. La ley establece que si el denunciante no puede firmar, colocará su impresión digital, dejando a sí constancia del motivo del impedimento.

La falta de estos requisitos solo afecta la denuncia en cuanto acto imputativo; sin embargo, si el proceso ya se hubiera iniciado, la irregularidad de la denuncia, no puede afectar con posterioridad lo

actuado⁽⁶⁹⁾. La individualización inicial del sujeto activo del delito –en la denuncia– no es exigible, pues uno de los objetivos de la investigación preliminar es individualizarlo, de ahí que el código mencione lo siguiente: “[...] y –de ser posible– la individualización del presunto responsable”.

3. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA

3.1 Rol del Ministerio Público

Como ya se ha dicho, el Ministerio Público, de acuerdo con la Constitución Política, ejerce el monopolio del ejercicio público de la acción penal; promueve de oficio o a petición de parte, la acción penal (art. 139.1,5); y conduce o dirige la investigación del delito (art. 139.4). Esta titularidad es exclusiva del Ministerio Público que actúa conforme a las funciones constitucionalmente reconocidas, su ley orgánica y la ley procesal⁽⁷⁰⁾. De manera especial, la Ley N.º 27399 faculta al Fiscal de la Nación a realizar las investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional contra las altas autoridades del Estado por delito de función.

En la etapa de investigación preliminar, el Ministerio Público se rige por sus principios, de los cuales resaltan los de legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad. Su intervención durante la investigación preliminar se encuentra regulada en los artículos 329-333 principalmente⁽⁷¹⁾. Debemos resaltar que las funciones encomendadas

(69) SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*, Volumen I., 2.ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 466.

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

(71) Véase ANGULO ARANA, Pedro, *La investigación del delito en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

al fiscal en esta etapa en particular, ya son asumidas por el Ministerio Público⁽⁷²⁾. Lo que hace el legislador es resaltar tales actividades de la Fiscalía que están bajo su control y responsabilidad. Entre sus principales características podemos señalar:

- 1) La investigación está bajo la dirección o conducción del fiscal y cuenta con el apoyo de la Policía Nacional. En el caso que la Policía, directamente, tome conocimiento del acaecimiento de un hecho delictivo tiene la obligación de dar cuenta de inmediato al fiscal, “sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal” (art. 67.1). Ello significa que, ante la denuncia de un hecho delictivo o cuando la policía toma conocimiento del mismo, se deben de realizar las diligencias inmediatas necesarias⁽⁷³⁾, poniendo en conocimiento de estos hechos al fiscal, quien podrá intervenir en las diligencias o esperar la remisión del informe policial.
- 2) El fiscal puede iniciar la investigación a instancia de la parte denunciante o de oficio. Sobre esta última posibilidad, ha de resaltarse que las informaciones periodísticas que se hacen públicas a través de los medios de comunicación social escrito o televisivo, constituyen denuncias que deben ser evaluadas por el Ministerio Público para iniciar una investigación.
- 3) Esta etapa requiere de diligencias preliminares, asumidas y dirigidas por el fiscal, o delegadas a la policía con las instrucciones específicas necesarias.

(72) En los pocos distritos fiscales donde no se aplica el Código procesal penal 2004.

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

- 4) La finalidad de estas investigaciones es practicar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar la comisión de los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su ejecución, lo que incluye a los agraviados, para que sean asegurados debidamente, dentro de los límites de la ley (art. 330.2).
- 5) La dirección y responsabilidad de la investigación preliminar faculta al fiscal a constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos, con el personal (por ejemplo, puede ir acompañado de los peritos especializados para los exámenes correspondientes) y los medios necesarios para iniciar su indagación, con el objeto de asegurar los elementos probatorios.
- 6) El fiscal, al constituirse en el lugar de los hechos, en la medida de lo posible, impedirá que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito.
- 7) Por otro lado, podrá disponer la realización de un operativo de revelación de delito, en coordinación con la policía, esto ante la inminente perpetración de un delito, durante su comisión o para su esclarecimiento. Este operativo tendrá por finalidad: identificar y, de ser el caso, detener a sus autores. Para tales efectos, el fiscal podrá disponer la asistencia y participación de otras entidades, siempre que no se genere un riesgo de frustración. El referido dicho operativo deberá ser perennizado a través del medio idóneo, conforme a las circunstancias del caso (art. 68-A).
- 8) Conforme a lo dicho, el fiscal puede recibir declaraciones, pedir informes a instituciones públicas y también privadas, disponer la práctica de pericias, realizar reconocimientos en los lugares donde se cometió el delito, asegurar las pruebas, organizar operativos con la policía, pedir al juez penal la adopción de medidas coercitivas preliminares, entre otras actuaciones.

Es importante señalar que, en la práctica, presentada una denuncia a la Fiscalía, el fiscal puede –sobre la base de los recaudos presentados– abrir investigación penal, o denegarla de plano, cuando no se satisfacen

los presupuestos del tipo penal⁽⁷⁴⁾. Excepcionalmente, puede dictar una *disposición de reserva provisional* (art. 334.4), a fin de que se satisfaga un requisito de procedibilidad (como es el caso de la debida notificación al obligado, en la denuncia de omisión de asistencia familiar).

3.2 Rol de la Policía Nacional

En el texto del CPP 2004, se pone de relieve la actuación de la policía en su *función investigadora* para diferenciarla de las demás funciones que desarrolla. Durante las etapas de investigación preliminar y preparatoria, la Policía Nacional tiene un rol sumamente importante, pues coadyuva a la labor de investigación fiscal y, en la práctica, realiza directamente aquellas actuaciones dispuestas por el Ministerio Público, sumadas a las que inicia o adelanta antes de la intervención fiscal. En efecto, la policía por iniciativa propia puede intervenir en un hecho que considera delito, adelantar la investigación y dar cuenta inmediata al fiscal.

La ley procesal establece que el personal policial, que realice labores de investigación, tiene la obligación de apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria (art. 67.2). Así debe precisarse en este punto que cuando el CPP 2004, se refiere a la investigación preparatoria comprende a toda la investigación penal, la cual incluye tanto la investigación preliminar como la preparatoria propiamente dicha. Al mismo tiempo, el CPP faculta a la policía a realizar diligencias que son urgentes e imprescindibles para impedir las consecuencias del delito y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Es conveniente precisar que similar función desarrollará la policía cuando se trate de delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal (art. 67.1).

⁽⁷⁴⁾ Al respecto, si el bien patrimonial afectado no alcanza el mínimo remunerativo exigido por la ley, las lesiones no requieren de atención facultativa ni descanso médico, los hechos tienen contenido civil, etc.; es decir, si el caso denunciado carece de los presupuestos mínimos del tipo penal o su contenido es de naturaleza distinta, se puede rechazar de plano, pero, igualmente, se deberá comunicar tal decisión al denunciante para que tenga la posibilidad de impugnación.

Las atribuciones de la policía se encuentran reguladas principalmente en el artículo 68 del CPP. Entre ellas tenemos:

- 1) *Recibe las denuncias escritas y verbales.* En este último caso, se dejará constancia en acta. También, *toma las declaraciones a los denunciantes.* La policía admite la denuncia e inicia las primeras indagaciones con comunicación al fiscal. En todos los casos, pero sobre todo en aquellos de mayor gravedad la comunicación con el fiscal debe ser inmediata para recibir las primeras instrucciones o para coordinar las intervenciones a que hubiera lugar. En todos los casos, debe de guardarse un registro de las denuncias y actuaciones.
- 2) *Custodia y vigila la escena del crimen.* Esto para evitar que sean borrados las huellas o vestigios del delito. Se trata de una actuación propia de la policía, una de las más valiosas en una investigación, pues no solo se debe de perennizar la escena del delito a través de la fotografía o video, sino también vigilar la misma, para posibilitar posteriores registros, inspecciones o el recojo de muestras para la investigación. La custodia debe de ser inmediata y por el tiempo que la autoridad investigadora lo considere necesario.
- 3) *Practica el registro de personas y presta auxilio a las víctimas del delito.* El registro de personas relacionadas con el delito tiene una formalidad que la misma ley establece. En efecto, se procederá a dicha diligencia cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o en su ámbito personal bienes relacionados con el delito (art. 210.1), de ahí que se levantará el acta correspondiente. La ley también establece que la policía debe de preocuparse por dar auxilio a la víctima, para lo cual la trasladará a un lugar seguro o a un centro médico para su atención.
- 4) *Recoge y conserva los objetos vinculados con el delito.* La razón es evidente: constituyen elementos de prueba que van a ser de utilidad para la investigación y la determinación de responsabilidades, por lo mismo, se practica guardando las formalidades del caso en acta.

- 5) *Practica las diligencias encaminadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.* En todos los casos, la policía verificará los datos de identidad y los posibles antecedentes a fin de evitar errores. También los acompañará con los registros fotográficos cuando el imputado se encuentre detenido.
- 6) *Recibe la declaración de los testigos del delito a fin de tener mayor información sobre los hechos y, naturalmente, para ampliar la investigación o confirmar lo ya investigado.* La declaración del testigo no requiere de la intervención de su abogado; sin embargo, si el fiscal lo autoriza, el testigo podrá estar presente en la diligencia.
- 7) *Levanta los planos, toma fotografías, realiza grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas,* vinculadas con la investigación del delito. Estas acciones de comprobación se relacionan principalmente con la primera intervención policial en el lugar de los hechos para perennizar el *locus delicti*, en especial, cuando se levantan planos o se toman fotos del lugar donde se perpetró el crimen o de la forma como se encontró, por ejemplo, a la víctima de un homicidio, lo incluye la grabación del hecho en video.
- 8) *Captura a los autores y partícipes del delito, en los casos de flagrancia, a quienes les informará de sus derechos.* Por imperativo constitucional una persona puede ser detenida policialmente en caso de flagrancia o por orden judicial. En el primer caso, la policía, al proceder con la detención de una persona, tiene como obligación informarla inmediatamente sobre sus derechos, sea de manera oral o escrita. Esta atribución policial también es un imperativo constitucional.
- 9) *Asegura los documentos privados útiles para la investigación, los que pondrá a disposición del fiscal cuando existan razones de cantidad.* Se establece que, en estos casos, se remitirán a su vez al juez de la investigación preparatoria para su examen, quien de estimar legítima la inmovilización dispondrá su conversión a incautación, de modo que los referidos

documentos se pondrán a disposición del fiscal. De la misma manera se procederá tratándose de libros, comprobantes y documentos contables administrativos.

- 10) *Allanar locales de uso público o abiertos al público.* El allanamiento se sustenta en la captura del imputado y/o en la incautación de cosas o bienes relacionados con el delito. La disposición en comentario no establece según qué presupuestos se debe de producir el allanamiento, por lo que se debe entender que será en los casos de flagrancia de delito o por mandato judicial.
- 11) *Realizar los secuestros de documentos e incautaciones en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.* Para ello se dejará constancia escrita y detallada. La fidelidad en las actas de los documentos y objetos incautados es de mucha importancia para la prosecución de la investigación y el aseguramiento de la prueba.
- 12) *Recibir las declaraciones de las personas denunciadas* (presuntos autores y partícipes) con la presencia obligatoria de su abogado defensor. Si no estuviera presente la defensa, no deberá realizarse la diligencia, y la policía se limitará a constatar la identidad de aquellos. Esta disposición garantiza el derecho de defensa del imputado.
- 13) *Reunir toda la información necesaria que permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal.* Esto significa asegurar la escena del crimen e incautar todos aquellos objetos y/o sustancias que tengan relevancia para la investigación.
- 14) *Cualquier otra investigación o información* permitidas para lograr un debido esclarecimiento de los hechos denunciados.

De todo lo expuesto, conociendo la importancia de la investigación policial y atendiendo a la necesidad de que la policía pueda adelantar sus actuaciones en casos de urgencia, se debe destacar lo siguiente:

- 1) Cuando la policía toma conocimiento de la comisión de un delito, se lo hará saber al fiscal, “*por la vía más rápida y también por escrito*” indicando los elementos esenciales del hecho, así

como sus acciones inmediatas, sin perjuicio de dar cuenta de la documentación existente. Con esto, se pretende que desde que la policía conoce de un hecho con características delictuosas, se lo comunique al Ministerio Público, a fin de que esta autoridad pueda disponer funcionalmente lo conveniente. Esto no impide que pueda, dado que también es función policial, dar inicio a las investigaciones o actuaciones policiales inmediatas. Con el conocimiento del fiscal de la investigación sobre el curso de las diligencias, la policía proseguirá con su labor en arreglo de las funciones señaladas anteriormente y según las que disponga considerando las necesidades de la investigación.

- 2) Como se podrá apreciar, las funciones de la policía son muy amplias y no difieren de las que realizaba con el modelo procesal anterior; por el contrario, se precisa debidamente cómo debe de proceder y, además, la forma de comunicación inmediata con el fiscal a cargo de la investigación preliminar. Por ello, es que toda la actividad investigadora debe de constar en acta o encontrarse debidamente documentada, la que se entregará al fiscal. Para estos efectos, la policía seguirá y respetará las formalidades que se dispongan en las investigaciones, sean aquellas impartidas por el fiscal a cargo de la investigación, por la Fiscalía de la Nación o por aquellas propias de su comando (art. 68.2).
- 3) En efecto, con la misma finalidad de trabajo funcional subordinado, la Fiscalía de la Nación podrá impartir *instrucciones generales* a la policía, que sean relativas a los requisitos legales y a las formalidades de las actuaciones de investigación, así como a los criterios o mecanismos de coordinación que deben realizar los fiscales para el debido desarrollo de las funciones reguladas por el código. Esto resulta correcto y necesario, si se tiene en cuenta que a la Fiscalía le corresponde la dirección y responsabilidad de la investigación del delito. De allí que se resalte el hecho de que este tipo de directiva lo es únicamente en el ámbito de las investigaciones, pues, desde el punto de

vista administrativo, la policía sigue dependiendo de sus instancias superiores.

- 4) Por otro lado, es necesario señalar la necesidad de respetar el principio de inocencia respecto a la presentación pública de las personas detenidas policialmente, quienes podrían ser expuestas como si fueran culpables del delito que recién se investiga. En ese orden de ideas, conforme al artículo II.2 del Título Preliminar del CPP 2004, hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en esa dirección. La ley procesal establece específicamente que la policía puede informar a los medios de comunicación social acerca de la *identidad* de las personas imputadas, en el contexto de la investigación o para la búsqueda de información necesaria; sin embargo, deberá evitar cualquier calificación expresa o tácita de culpabilidad. Asimismo, el art. 70 establece que le está prohibido realizar ese tipo de información pública cuando las víctimas, testigos u otras personas se encuentren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un delito, sin la previa *autorización* del fiscal. En realidad, debe de procederse con mucho cuidado con la información que se vierta a la opinión pública, pues si bien es cierto existen casos que generan alarma social y en los que la sociedad debe ser informada, también lo es que, por un lado, existe el derecho a la presunción de inocencia de la persona imputada, presunción que se mantiene hasta el final del proceso; y, por otro, la seguridad y el éxito de las investigaciones preliminares. En consecuencia, consideramos que afecta la presunción de inocencia presentar físicamente a la persona detenida o investigada como autor o cómplice de un delito que precisamente está en etapa de investigación; en cambio, no se afecta si se reproduce la identidad del imputado con fines de lograr información de su ubicación o captura, o con fines de prevención.

3.3 Coordinación entre el Ministerio Público y la Policía Nacional

Para todos los efectos de la investigación policial y su relación de dependencia funcional con el Ministerio Público, queda regulada la existencia de un órgano coordinador de las funciones de la policía con el Ministerio Público con la finalidad de establecer los mecanismos de comunicación interinstitucional. Tres son los objetivos fundamentales: 1) establecer líneas de comunicación con los órganos de gobierno de la Fiscalía, 2) coordinar las acciones relativas a las funciones de investigación y 3) centralizar la información relativa a la criminalidad violenta y organizada. Sobre este último punto, aportará su experiencia y conocimiento para efecto de los programas y acciones sobre la adecuada persecución del delito, y desarrollará los programas de protección y seguridad que sean necesarios.

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

4. DILIGENCIAS PROPIAS DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables para determinar: 1) si los hechos denunciados han tenido lugar y si tienen carácter delictuoso, 2) asegurar los elementos materiales de su comisión y 3) individualizar a las personas involucradas en su comisión –lo que incluye a los agraviados–. Cabe resaltar que todos estos pasos están dirigidos a determinar si el fiscal debe formalizar o no la investigación preparatoria.

La investigación preliminar, básicamente, se realiza según 2 supuestos: 1) por la policía mediante la dirección del fiscal y 2) directamente por el fiscal, cuando este lo estime conveniente. Asimismo, como ya lo habíamos anotado, la policía podrá adelantar la investigación cuando las circunstancias del caso lo requieran y comunicará al fiscal,

quien podrá intervenir. En la generalidad de casos, el representante del Ministerio Público encomienda las funciones de investigación preliminar a la policía por diversos factores (logísticos, de especialidad, etc.), de ahí que estas diligencias tengan un carácter preponderantemente policial. Las diligencias de la investigación pueden agruparse en las siguientes: 1) declaraciones policiales, 2) realización de pericias y 3) elaboración de actas policiales. Veamos brevemente las características principales.

4.1 Declaraciones policiales

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

Dos elementos son trascendentes en la investigación policial: 1) la inmediatez en la recepción de la declaración y 2) la verificación o comprobación de lo declarado por el imputado, agraviado o testigo. Se trata de declaraciones formales, puntuales y con suscripción del acta por los participantes. Las declaraciones policiales presentan las siguientes características:

- 1) La declaración del imputado reviste singular importancia, pues se trata de su primera respuesta ante la incriminación del delito. Al imputado se le debe hacer conocer sus derechos. La intervención de su defensor es de carácter obligatorio. El imputado no se encuentra obligado a declarar. Por ello es que en las actas se consigna la declaración *voluntaria* del imputado.
- 2) La declaración del imputado (libre o detenido), del agraviado y del testigo deben recibirse utilizando técnicas de interrogatorio. Para ello, se debe transcribir con la mayor fidelidad la exposición de sus declaraciones.

- 3) De la declaración del agraviado debe de procurarse el mayor aporte de la información sobre el delito denunciado: día; hora aproximada; circunstancias propias del delito, como aquellas anteriores y posteriores al mismo; posibles testigos, documentos relacionados con el imputado; objetos utilizados; descripción de las características del imputado; posibles sospechosos.
- 4) Tratándose del caso de la declaración de menores, se debe de transcribir su manifestación con la mayor fidelidad posible, es decir, lo que ellos dicen exactamente. El empleo de la cámara Gessell para estos efectos es de suma importancia, pues evita la revictimización del menor, en casos de violencia sexual.
- 5) La declaración del testigo –al igual que la del agraviado– debe de significar una contribución al esclarecimiento de los hechos y, además, de verificar sus manifestaciones, debe asegurar y comprobar sus datos de identidad y ubicación, a fin de citarlos posteriormente para la aclaración o ampliación de sus declaraciones o la realización de posibles diligencias de careo.
- 6) Por otro lado, debe de considerarse la posibilidad de aplicar el programa de protección de víctimas y testigos que el mismo código prevé (art. 247 y ss.).
- 7) También puede perennizarse la declaración mediante su grabación en audio y video.

4.2 Pericias

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

- 1) *Pericia médico-legal*, que se práctica a fin de determinar el grado de lesión que ha sufrido la víctima (también del imputado cuando afirma haber sido lesionado). Esta pericia permitirá establecer el tipo de lesión causada, los días de asistencia facultativa y los días de incapacidad; asimismo se utiliza para determinar la existencia de agresión sexual vaginal o contranatura; y para establecer la edad probable de la víctima y del imputado.
- 2) *Pericia de alcoholemia*, que constituye un examen inicial para conocer si la persona ha ingerido licor. Es un examen cualitativo y básicamente administrativo.
- 3) *Pericia de dosaje etílico*, que se practica para determinar el porcentaje de alcohol existente en la sangre de una persona. Mediante la Ley N.º 27753 (art. 4), se establece una tabla de alcoholemia, de suma importancia para definir la situación de imputabilidad del investigado (también puede ser de la víctima) y la calificación jurídica del delito. Comprende distintos periodos: subclínico (0.1 a 0.5 g/l); ebriedad (0.5 a 1.5 g/l); ebriedad absoluta (1.5 a 2.5 g/l); grave alteración de la conciencia (2.5 a 3.5 g/l); y coma (niveles superiores a 3.5 g/l). Se dispone de esta pericia no solo en la investigación de delitos de circulación o culposos, sino también en otros delitos como homicidio, lesiones, robo, tráfico ilícito de drogas, etc., lo que depende de su necesidad, y se efectúa de oficio o a pedido del defensor del imputado.
- 4) *Pericia toxicológica*, que permite detectar la presencia de veneno o sustancias tóxicas en el organismo de las personas o en los cadáveres mediante la aplicación de conocimientos químicos analíticos y principios toxicológicos, con la finalidad de establecer las causas de la intoxicación y/o muerte por la ingesta de medicamentos, drogas u otras sustancias⁽⁷⁵⁾. Se dispone para establecer, por ejemplo, si el imputado ha consumido droga o

(75) Véase *Manual de Criminalística*, Opción, Lima, 1996, p. 56.

ha actuado con la influencia de esta o de otra sustancia, como puede ser en las investigaciones por delito de tráfico ilícito de drogas, robo, etc. Esta pericia puede ser, incluso, favorable para la persona investigada. También se puede practicar en la víctima de agresión sexual o de robo agravado, si existiera evidencia de haberla encontrado en estado de inconciencia o cuando no recordara lo que ha sucedido.

- 5) *Pericia de absorción atómica*, conocida antiguamente como la prueba de la parafina. Esta permite establecer en la persona imputada la existencia de rastros de disparo por arma de fuego, es decir, la presencia de sustancias químicas llamadas *cationes metálicas* (plomo, antimonio y bario). Es de utilidad para las investigaciones por delitos de homicidio, robo, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.
- 6) *Pericia forense o física*, que se aplica al arma utilizada en la comisión del delito, a fin de establecer minuciosamente sus características y su relación con el hecho delictivo.
- 7) *Pericia grafotécnica*, que es de suma utilidad para la investigación y juzgamiento de delitos contra el patrimonio, con la finalidad de determinar la autenticidad o falsedad de un documento, título o firma.

4.3 Actas policiales

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

- 1) *Acta de incautación*. Se trata de una diligencia de naturaleza estrictamente policial y se practica cuando es necesario recabar objetos, instrumentos o efectos relacionados con el delito y que se encuentren en posesión de la persona intervenida o en su dominio. Puede tratarse del arma utilizada, el dinero producto del robo o del acto corrupto,

los documentos relacionados con el crimen, la droga, el vehículo utilizado, etc. El acta se levanta en el lugar donde se procede a la intervención de la persona, es decir, *in situ*. Es necesario que el acta detalle las características del objeto o cosas que se incautan.

- 2) *Acta de hallazgo*. Esta acta se levanta cuando durante una investigación se encuentran objetos vinculados con el delito y se desconoce a quién pertenecen. Se levanta *in situ* y se detallan sus características.
- 3) *Acta de registro domiciliario*. Se efectúa cuando con ocasión de la investigación de un delito y por mandato judicial para la persecución del autor de un delito (flagrancia) se procede al ingreso de un inmueble o local para proceder a la detención de esta persona o a la incautación de los objetos relacionados con el delito. También es posible dicha diligencia cuando el tenedor del inmueble o la casa permite voluntariamente el ingreso de la policía para proceder a la búsqueda del imputado o de los bienes a incautar. Como en todas las actas, debe detallarse el desarrollo de la diligencia y registrarse la firma de las personas intervinientes.
- 4) *Acta de constatación*. Es aquella que levanta la policía cuando es necesario acreditar con documento lo que se observa o constata directamente, como por ejemplo en los casos de usurpación o perturbación de la posesión.
- 5) *Acta de registro personal*. Se practica para dejar constancia de los objetos o documentos que se encuentran en poder de la persona intervenida (DNI, fotografías, llaveros, libros, documentos personales, etc.).
- 6) *Acta de allanamiento*. Registra el ingreso a un inmueble (casa, departamento o lugar cerrado) para la *búsqueda de pruebas y personas*. Se exigen dos presupuestos: a) que exista mandato judicial por pedido del fiscal y b) que se trate de un supuesto de flagrancia, en que no se requiere mandato judicial. Esta diligencia tiene dos objetivos: a) detener a la

persona implicada y b) incautar los elementos probatorios vinculados con el delito.

- 7) *Acta de reconocimiento personal.* Se realiza en sede policial para que la víctima o testigo reconozca al imputado o sospechoso a través de sus características físicas, vestimenta, señas particulares, voz u otro signo de singular importancia. Se practica en rueda de personas de manera tal que quien reconoce no sea visto por el imputado o sospechoso. A su vez, se exige que previamente quien reconoce exprese las características del sospechoso. Es innecesaria la diligencia si se conoce a la persona, pero no se sabe su nombre.

5. EL INFORME POLICIAL

Es el documento técnico administrativo que se debe elaborar en todos los casos en que interviene la policía y que remitirá al fiscal. Este documento contendrá los antecedentes que motivaron su actuación, la relación de las diligencias realizadas, el análisis de los hechos investigados y cualquier otra circunstancia que resultara importante considerar, como copia de documentos, escritos, constancias, comunicaciones fiscales, etc. Ahora bien, a diferencia de la legislación anterior, se establece expresamente que la policía, en dicho informe, se abstendrá de realizar la calificación jurídica y de imputar responsabilidades (art. 332.2). La razón es una y muy clara: la *calificación jurídica* de los hechos corresponde a la autoridad encargada de la persecución oficial del delito y titular de la acción penal pública, que es el fiscal. Lo que en esencia se suprime del llamado atestado policial es la parte final de su informe, aquella referida a las *conclusiones*, y se mantiene todo el contenido ya expresado bajo una forma mucho más clara y específica de datos de las personas que intervienen.

Por otro lado, de esta norma se desprende que ninguna investigación iniciada y desarrollada por la policía deja de ser comunicada al fiscal. Cualquier intervención de la policía en acto de investigación de hecho con características de delito debe ser de conocimiento del representante del Ministerio Público y si se culmina la investigación debe de elaborarse

el informe antes indicado. De esa manera desaparece el llamado *parte policial*, que muchas veces es archivado sin conocimiento del fiscal.

El Informe policial mantiene la misma estructura formal, pero varía en alguna de sus formas, principalmente porque es más riguroso en los datos de las personas intervinientes, en la consignación de los derechos que asisten al imputado, en la intervención del defensor del mismo, etc. De este modo, debe tener en cuenta lo dispuesto por el art. 332 de la ley procesal. Nos interesa destacar sus partes más importantes, que están relacionados con lo siguiente:

- 1) El motivo y la forma de intervención, es decir, si la investigación se inició de oficio, o por denuncia de parte o por disposición de la Fiscalía. Cabe señalar que iniciada de oficio la investigación o por denuncia de parte, la comunicación al fiscal debe ser inmediata. Es más, en el documento que se forme deben de constar las disposiciones y los mandatos emanados de la autoridad fiscal.
- 2) Las diligencias que se practiquen relacionadas con las manifestaciones de las personas involucradas; las pericias que se practican (médico-legales, químicas, toxicológicas, de alcoholemia, de absorción atómica, balísticas, grafológicas, etc.); las actas que se levantan (registros de personas, de hallazgo, de allanamiento, de constatación, etc.).
- 3) Se prevé que deberá contener las recomendaciones sobre los actos de investigación y todo aquello que estime indispensable para el esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados.
- 4) El análisis de los hechos que realiza la policía y que serán de utilidad para que el fiscal pueda realizar la calificación jurídica respectiva.
- 5) La documentación sustentatoria del informe policial que comprende los documentos pertinentes, los elementos objetivos de prueba, los instrumentos utilizados o el lugar donde aquellos se encuentran.

6. INTERVENCIÓN JUDICIAL Y MEDIDAS COERCITIVAS PERSONALES

Durante esta etapa, el fiscal podrá considerar necesario asegurar la presencia de las personas imputadas a la investigación, por lo que la ley lo faculta a requerir la adopción de medidas coercitivas, cautelares o de aseguramiento para tales objetivos. Asimismo, durante esta etapa, la actuación del órgano jurisdiccional parecería reducida, pero no es así, su rol es muy importante, pues si bien el fiscal es el *dueño y responsable* de la indagación, cualquier medida cautelar o coercitiva que requiera el aseguramiento de su investigación pasa por el control y decisión judicial.

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

De acuerdo con la ley, el fiscal solicitará al juez de la investigación preparatoria la adopción de dichas medidas cuando correspondan, especialmente, las siguientes:

- 1) La detención preliminar. La convalidación de la detención.
- 2) El impedimento de salida del país al imputado.
- 3) La comparecencia del imputado con detención domiciliaria.
- 4) La comparecencia del imputado con otras restricciones.
- 5) El allanamiento.
- 6) La inmovilización de algún bien.

7. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA

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

- 1) Apersonarse en la investigación preliminar y conocer de los cargos atribuidos contra su defendido.
- 2) Intervenir en las diligencias de interrogatorio de su patrocinado.

- 3) Conocer de las diligencias que se realicen.
- 4) Tener copia de la documentación relativa a las diligencias preliminares.
- 5) Pedir la realización de diligencias que favorezcan a su defendido y ofrecer los elementos probatorios de descargo.
- 6) Solicitar al juez el control de plazos y tutela de derechos.

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

8. PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Dentro de la perspectiva dinámica del Código, se establece un plazo de (60) días para la realización de la investigación preliminar⁽⁷⁶⁾. Se pretende con ello que, ante la denuncia o investigación de oficio, se proceda de *inmediato* a la recepción de declaraciones, práctica de pericias, pesquisas policiales y demás diligencias complementarias en dicho plazo. Se computa el plazo desde el momento en que el fiscal dispone el inicio de la investigación preliminar y entendemos que puede ordenarse un plazo adicional que no supere el señalado, a cuyo término deberá dictar la disposición que corresponda.

Pero el legislador también ha advertido de la existencia de aquellos casos considerados complejos y que, naturalmente, pueden requerir un plazo mayor al común. En tal sentido, cuando se trate de investigaciones seguidas contra un número significativo de personas o agraviados, cuando se trate de una concurrencia de delitos o cuando se aprecie que la obtención de elementos probatorios o las actuaciones periciales demandarán mayor tiempo, el fiscal deberá determinar

⁽⁷⁶⁾ El plazo establecido en el texto original era de 20 días. Por ley se amplía a 60 días, debido, principalmente, a que la policía requería de un tiempo mayor para sus investigaciones.

un plazo razonable de duración de la investigación preliminar (art. 334.2). Tal decisión requerirá de la motivación necesaria expuesta en la disposición que dicte.

El plazo previsto de la investigación preliminar es distinto al plazo que se prevé para la investigación preparatoria y si bien es cierto, en esencia, ambas investigaciones en el contexto de continuidad pueden constituir una sola, los plazos difieren en atención a sus objetivos inmediatos, por lo que no es posible incluir el plazo del primero en el segundo. La Sala Penal de la Corte Suprema, en la Casación N.º 02-2008/La Libertad, admitió el recurso de casación interpuesto por el fiscal superior de La Libertad contra el auto que declaraba fundado el control del plazo y ordenaba la conclusión de la investigación preparatoria, para desarrollar doctrina jurisprudencial. En este punto es relevante precisar que el fundamento de la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad era que solo existe una fase de investigación: la investigación preparatoria, que está bajo la dirección fiscal; y que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. Empero, la Sala Penal de la Corte Suprema, en la referida casación, revocó la decisión de la Sala, en razón de 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 de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hayan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha”⁽⁷⁷⁾.

Al respecto, debemos advertir que los límites temporales, vale decir, los plazos que regula el CPP 2004, se establecen diferenciando el tipo de caso sometido a análisis, todos dentro de un proceso penal ordinario, como los que continúan: 1) el proceso común o simple, 2) el proceso complejo y 3) el proceso de criminalidad organizada⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ Casación N.º 02-2008 La Libertad, del 3 de junio del 2008, caso de hurto agravado.

⁽⁷⁸⁾ Esta diferenciación se aprecia a partir de la Ley N.º 30077, de fecha 20 de agosto del 2013, que regula la investigación para los delitos cometidos por la criminalidad

Respecto a los plazos máximos de investigación preliminar, nuestra jurisprudencia se ha ido pronunciando paulatinamente, por lo que diferencia los referidos tipos de plazos, todos dentro del proceso ordinario. En tal sentido, podemos apreciar lo siguiente:

- 1) Cuando se trate del *proceso ordinario simple*, la referencia jurisprudencial será la Casación N.º 2-2008/La Libertad, la cual *precisa*: “(...) 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”.
- 2) En el caso del *proceso ordinario complejo*, en principio, debemos mencionar la Casación N.º 318-2011/Lima, según la cual resultaba innecesario establecer un plazo distinto en casos que evidencien ser complejos, considerando que con puntuales y concretas diligencias se alcanzaría la finalidad de esta etapa, es decir, según la referida casación, no sería atendible distinguir entre plazos de diligencias preliminares para casos simples

organizada. Luego de esta ley se promulgó el Decreto Legislativo N.º 1307 –que modifica el Código Procesal Penal para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada–, decreto que regula los plazos de prisión preventiva en tres niveles distintos del proceso ordinario: común, complejo y criminalidad organizada. Asimismo, tenemos la Casación N.º 309-2015-Lima, la cual en su fundamento 10 indica que “*existen varios plazos ordinarios atendiendo a la naturaleza procesal de los hechos investigados –simples, complejos y de criminalidad organizada–*”.

y complejos, por cuanto la finalidad de dicha fase sería la misma; sin embargo, en la Casación N.º 144-2012/Ancash, se fijó como doctrina jurisprudencial que tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de 8 meses.

- 3) Finalmente, *para procesos de crimen organizado*, la Casación N.º 528-2018/Nacional (caso Keiko Fujimori y Mark Vito Villanella), tomando como base las Casaciones 02-2008/La Libertad y 144-2012/Ancash, así como el artículo 342.2 del CPP 2004 (modificado por la Ley 30077), estableció que para el caso de investigaciones de delitos perpetradas por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúen por encargo de misma, el plazo de la investigación preparatoria es de 36 meses; por tanto, las diligencias preliminares, en estos casos, en su hipótesis extrema, no podrá superar tal plazo.

Ahora bien, el hecho que se adopten tales criterios sobre los plazos máximos, no implica que las investigaciones preliminares deban extenderse innecesariamente hasta llegar al plazo máximo. De ahí que el CPP 2004, en el último párrafo del artículo 334.2, haya establecido que cuando el interesado o afectado por la excesiva duración de la investigación preliminar, solicite su término al fiscal y si este no lo aceptara o fijase un plazo irrazonable, el interesado “*podrá acudir al Juez de la Investigación Preparatoria*” en el plazo de cinco días para instar al pronunciamiento de este magistrado. Lo que significará que dicha autoridad resolverá, previa audiencia, con el fiscal y el interesado. Consideramos que la idea central del dispositivo es que se realicen las diligencias de investigación aprovechando el tiempo que se dispone. Es natural que el interesado exprese su desacuerdo cuando se fija un plazo excesivo, pero no estamos de acuerdo con que el control de dicho plazo se encuentre a cargo del juez, pues para ello bien se ha podido delegar al fiscal superior competente, como sucede cuando se impugna el archivo de la denuncia. Además, con ello no solo se afecta la autonomía de la investigación en esta fase, sino que a su vez se involucra al juez en una tarea que por su naturaleza aún no le corresponde. Por esa razón,

resulta obvio que dicho apartado se modifique en el sentido de que el control del plazo corresponde a la instancia superior del Ministerio Público que, por cierto, tiene facultades de control incluso disciplinario.

Tratándose del caso de una persona detenida, el plazo señalado en comentario no se considera, sino que la autoridad fiscal deberá tener en cuenta el plazo común de 48 horas para poner al investigado con el informe policial y su pronunciamiento, si fuera el caso, ante la autoridad jurisdiccional, conforme lo ordena la Constitución.

9. POSIBILIDADES DE DECISIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR

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

- 1) *Formalizar la investigación preparatoria* mediante una disposición, si aparecen indicios que revelen la existencia del delito, si se ha individualizado al imputado, si la acción no ha prescrito y se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.
- 2) Si el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, o se presenta alguna causa de extinción de la acción penal, declarará que *no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria*, y ordenará el *archivo de lo actuado*. Este archivo tiene el carácter de definitivo.
- 3) El *archivo de la causa* (investigación o denuncia) también puede ser provisional, y esto sucederá cuando el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, por lo que se dispondrá que la policía intervenga para lograr la identificación del imputado.
- 4) Se dispondrá la *reserva provisional de la investigación*, cuando el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que depende de él. En otros casos, donde se requiera de presupuestos de procedibilidad, la subsanación de los mismos estará a cargo del propio fiscal.

- 5) Antes de proceder conforme al apartado, se puede aplicar el *principio de oportunidad o el acuerdo reparatorio* (sobre este punto volveremos más adelante), si el supuesto de hecho así lo amerita (art. 2 del CPP); también se podrá pasar directamente al proceso inmediato a pedido del fiscal, si el supuesto de hecho así lo amerita (art. 2 del CPP). De la misma manera, se podrá pasar directamente al proceso inmediato a pedido del fiscal, cuando se satisfacen sus presupuestos en especial en el caso de flagrancia.

De acuerdo con la ley, la *disposición de archivo* se notifica al interesado o denunciante, y si no estuviere de acuerdo con la decisión fiscal de archivo o reserva provisional de la investigación, impugnará tal decisión (*requerirá* dice el ap. 5 del art. 334) para que en el plazo de cinco (5) días eleve lo actuado al fiscal superior. La ley procesal no establece un plazo para la impugnación contra la disposición de archivo. Inicialmente, mediante Directiva 009-2012-MP-FN, se interpretó que el plazo era de 3 días conforme al art. 12 de la LOMP; pero, años después, de conformidad con los principios que consagra el Código y sobre todo la Constitución Política del Estado, y en concordancia con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se emitió la Directiva 004-2016-MP-FN que establecía el plazo en 5 días.

Admitida la impugnación, dentro del plazo correspondiente, se elevará lo actuado al fiscal superior competente a fin de que resuelva dentro del quinto día. Puede disponer lo siguiente: 1) el archivo definitivo de lo actuado, 2) la formalización de la investigación, es decir, pasar a la fase preparatoria y 3) proceder según corresponda, lo que nos permite señalar que el Superior puede dictar disposición ordenando la ampliación de las investigaciones preliminares o quizás la nulidad de la disposición por algún vicio procesal. Es del caso señalar que tratándose de un Ministerio Público jerárquicamente organizado, pueden impartirse instrucciones generales a los fiscales provinciales para los casos de decisiones de archivo, de tal manera que exista uniformidad en la actuación del fiscal investigador. Dentro de la amplitud del derecho de defensa, el recurrente puede hacer uso de la palabra ante el fiscal superior o presentar escrito complementario, antes que aquel decida.

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

10. PROHIBICIÓN DE NUEVA DENUNCIA

Se introduce una norma de suma importancia para el debido control de las denuncias que se presentan ante el Ministerio Público, pues se prohíbe formular nuevas denuncias sobre los hechos que ya han merecido una disposición de archivo por el fiscal provincial e incluso por el superior. De tal manera que dicha norma impide que otro fiscal pueda amparar a denuncias con supuestos que ya han merecido decisión de archivo, lo que a su vez obliga a no admitir las denuncias que sobre los mismos hechos puedan presentarse en otras fiscalías (art. 335.1).

Debe señalarse que en el Ministerio Público no rige, a manera de titularidad, el principio de cosa juzgada, que está reservada al órgano jurisdiccional, pero sí la llamada *cosa decidida*, lo que permite que una decisión de archivo pueda ser inmutable⁽⁷⁹⁾. En efecto, la disposición en comentario también establece que si luego de la decisión de archivo de la investigación se aportara o se conocieran nuevos elementos probatorios o de “convicción”, se podrá reexaminar lo actuado por el fiscal que previno. Ciertamente, si los nuevos elementos probatorios eran desconocidos por el fiscal y resultan relevantes para la continuidad de la investigación deberán ser analizados. Esto genera una reapertura de la investigación por el mismo fiscal o una nueva investigación, si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido. En tal sentido, se podrá proceder de oficio o a pedido de la parte interesada.

⁽⁷⁹⁾ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 2725-2008-PHC/TC, de 22 de setiembre del 2008, caso Chauca Temoche, fundamentos jurídicos 15-19. Establece el TC que si el motivo del archivamiento fiscal es por déficit o falta de elementos de prueba, posteriormente se podrá reabrir la investigación preliminar. No lo podrá hacer si el motivo se refiere a “que el hecho no constituye delito”.

Finalmente, el art. 335.2 señala que si la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el superior que previno podrá designar a otro fiscal provincial, lo que resulta debido en la lógica procesal e incluso merecedor de una medida disciplinaria, si la investigación originaria adoleciera de irregularidades. Tales decisiones deberán ser necesariamente fundamentadas.

11. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

11.1 Nociones preliminares

El principio de oportunidad aparece con el Código Procesal Penal de 1991 y se ha mantenido en nuestra legislación en aplicación progresiva. El CPP 2004 sigue la regulación de su texto original, con algunas precisiones que ya la doctrina se encargó de observar en su momento y que se espera permitan mejorar su interpretación y aplicación uniformes.

El principio de oportunidad encuentra su fundamento en lo siguiente: 1) la escasa relevancia de la infracción penal; 2) la ausencia de un interés público en la persecución del delito; 3) cuando se trata de una manifestación de prevención especial, pues se le da al infractor la oportunidad de reparar el daño ocasionado; 4) si existe una razón político-criminal del Estado para posibilitar el archivo de los llamados delitos de *bagatela*; y 5) cuando permite al imputado archivar la investigación iniciada en su contra, y al agraviado el logro del pago de la reparación civil con prontitud.

El principio de oportunidad constituye un mecanismo de simplificación del proceso penal. Considerado como una excepción al principio de legalidad, que exige la persecución de los delitos y la sanción de las personas que lo han cometido, debido a la imposibilidad material del Estado de perseguir y castigar todas las infracciones que se cometen. También se le considera como una respuesta político-criminal del Estado ante el *agotamiento* de posibilidades del sistema de justicia penal⁽⁸⁰⁾.

(80) Bacigalupo, Enrique, Descriminalización y prevención, en Rev. Poder Judicial, N.º II, Madrid, 1987, pp. 13 y ss.

En este sentido, se procede a la selección de determinados delitos de menor intensidad con la finalidad de buscar una solución consensuada al caso, posibilitando el archivo del mismo, y de esa manera, hacer que los fiscales y jueces dediquen su mayor esfuerzo al conocimiento y solución de los casos más graves.

Este principio no es absoluto, sino regulado por la propia ley. Allí que se hable del principio de oportunidad *reglado*⁽⁸¹⁾, es decir, la ley establece en qué casos es posible su aplicación (los delitos de mínima y mediana criminalidad), y a qué personas está dirigido (con la excepción de los funcionarios públicos que cometan el delito en ejercicio de su cargo). Se pretende que para determinados delitos se posibilite, por un lado, la realización de un *acuerdo* o *consenso* entre las partes en conflicto penal, expuesto ante la autoridad fiscal a fin de que se archive la investigación o el proceso, lo que dependerá del caso; y, por otro, que se repare el daño causado a la víctima del hecho punible con respeto a la indemnización acordada.

El principio de oportunidad puede ser aplicado de oficio por el fiscal o a pedido de la parte imputada, incluso a instancia del agraviado. El artículo 2, *ab initio*, del CPP 2004, establece lo siguiente: “1. 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(...)”. La abstención del fiscal al ejercicio público de la acción penal hace que no continúe con la persecución de la persona imputada por un delito y el efecto inmediato es que se archive la investigación iniciada. El fiscal deja su tarea de perseguir el delito en atención al acuerdo al que lleguen las partes.

No es obligatorio que el fiscal convoque y aplique el principio de oportunidad, sino *facultativo*. El fiscal debe decidir en qué casos toma la iniciativa de viabilizar su aplicación. Para esto, citará a las partes a una diligencia de acuerdo, salvo que el mismo imputado se lo pida, en cuyo caso deberá proceder a la citación correspondiente. Es necesario señalar que también la parte agraviada puede propiciar la aplicación del principio de oportunidad.

(81) Véase mi Manual de Derecho Procesal Penal, cit., pp. 366 y ss.

11.2 Supuestos de oportunidad

El CPP 2004 establece 3 supuestos de aplicación; en tales casos, corresponde al Ministerio Público tomar la decisión, atendiendo a los fundamentos jurídicos y pragmáticos de su aplicación y, sobretodo, con la certeza de que el denunciado es autor y/o participe del hecho imputado, de lo contrario se continúa con la investigación o se procede al archivo. Los supuestos son los siguientes:

- 1) *Agente afectado por el delito*: Es el caso de la falta de relevancia de la pena o falta de necesidad de la pena. El texto procesal establece lo siguiente: “a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria”. Se aplica este supuesto de oportunidad cuando el agente sufre las consecuencias de su propia conducta delictuosa de manera grave, sea en su integridad o salud. A diferencia de la legislación anterior, procede cuando se trate de delito culposo o doloso, pero cuya pena no sea mayor a cuatro años. En este sentido se precisa igualmente el ámbito de su aplicación y queda claro que comprende los delitos de mínima criminalidad. En cualquier caso, se exige que la gravedad de la afectación (personal o de persona cercana) haga que la posible pena a imponer resulte innecesaria. En otras palabras, el fundamento de este criterio de oportunidad es el siguiente: la pena que debería ser impuesta al imputado sería siempre menor o irrelevante al daño que efectivamente ya ha sufrido el autor del delito, de tal manera que la pena no cumpliría sus fines. Entonces se prevé, a través de este supuesto, una alternativa propia de la prevención especial a favor del autor-víctima.
- 2) *La mínima lesividad de la infracción*: Se trata del segundo supuesto que establece la ley referida a la escasa relevancia de la infracción penal o de bagatela. El texto procesal establece lo siguiente: “b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la

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

- 3) *Mínima culpabilidad del autor o partícipe*: Se trata de uno de los supuestos de oportunidad donde se analiza el grado de culpabilidad del agente del delito. El texto procesal dice lo siguiente: “c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo”. Como se puede apreciar, corresponderá ahora al fiscal analizar el grado

de culpabilidad del autor o partícipe, tarea que ordinariamente corresponde al juez en atención a los supuestos jurídico-penales que señala la ley, por ejemplo, los errores de tipo, de prohibición, de comprensión culturalmente condicionada, entre otros. En estos casos, el fiscal deberá determinar la situación jurídica del imputado con los elementos de prueba existentes en su contra y sobre todo por cuatro situaciones específicas: a) las circunstancias del hecho que se califica como delito, b) las condiciones personales del agente, c) la ausencia de interés público gravemente comprometido en la persecución penal y d) que el delito debe ser conminado con pena no mayor a cuatro años. Como se podrá apreciar, el legislador ha facultado al fiscal a abstenerse de la persecución penal en aquellos casos donde la ley faculta la disminución de la pena. Siendo esta la esencia de la aplicación de este supuesto de oportunidad, debería de aplicarse también en otros casos, como pueden ser los estados de flagrancia y de confesión sincera. Por último, se prohíbe su aplicación cuando se trate de un funcionario público que incurra en delito durante el ejercicio del cargo.

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

Asímismo, se prevé otro supuesto de aplicación del principio de oportunidad, el cual, a nuestro criterio, podría desnaturalizar sus fundamentos y su razón de ser, pues no se trata de delitos de escasa relevancia social, sino, por el contrario, de ilícitos que afectan bienes jurídicos colectivos, como sería el medio ambiente. Estamos hablando de 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 (...)”, debe cumplir con suspender sus actividades ilícitas voluntariamente, de modo definitivo e indubitable, por lo que comunicará este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización

Ambiental (OEFA) mediante instrumento de fecha cierta, que deberá ser verificado –se entiende–, por la autoridad correspondiente.

Por otro lado, la ley procesal, luego de la modificatoria de la Ley N.º 30076, también prevé situaciones en que, pese a que el agente está comprendido en alguno de los supuestos antes mencionados, no podrá ser beneficiado por este mecanismo de simplificación procesal, por sus cualidades personales. Veamos:

- 1) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;
- 2) 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;
- 3) 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; o,
- 4) 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.

Sobre este punto, es importante tener en cuenta las pautas interpretativas fijadas en el artículo 9 del Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1245-2018-MP-FN, de fecha 20 de abril del 2018, en donde se precisa el alcance de los literales b y c, respectivamente –que son los que más pueden llevar a confusiones–, inciso 9, artículo 2 del CPP 2004. Veamos:

“(…)

- b) Cuando el imputado, sin ser reincidente o habitual, se haya acogido y cumplido el Principio de Oportu-

nidad o Acuerdo Reparatorio en dos ocasiones, y se trate de delitos de la misma naturaleza o que atente contra el mismo bien jurídico, no resulta procedente una tercera aplicación dentro de los cinco años desde la última Disposición o Resolución de abstención de la acción penal; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación.

- c) No resulta procedente el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio, cuando el imputado, sin ser reincidente o habitual, se acogió y cumplió con el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio y haya cometido nuevo delito dentro de los cinco años, computándose este plazo desde la Disposición o Resolución de abstención de la acción penal hasta la comisión del nuevo delito; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación”.

11.3 Procedimiento a seguir

La ley regula la forma en que se procede a la aplicación del principio de oportunidad, sea de oficio por el fiscal o a pedido de alguna de las partes. Para iniciar el procedimiento, el fiscal deberá *contar con los elementos de convicción que acrediten la existencia del delito y la vinculación del imputado con este* (art. 6 del Reglamento). Al mismo tiempo, estará convencido de que el hecho delictivo ocurrió y que el denunciado es el responsable, de lo contrario, archivará la investigación.

Se establece que el fiscal *citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo (audiencia única de principio de oportunidad)*, conforme a las siguientes reglas (art. 10 del Reglamento):

- a) Ante la inconcurrencia de las partes o alguna de ellas, el fiscal dejará constancia en el acta respectiva, pudiendo en dicho acto señalar la fecha y hora para una segunda citación, de ser necesario.
- b) Si en la segunda citación no asiste el imputado, el fiscal procederá conforme a sus atribuciones; en el caso que no asista

- el agraviado pero concurra el imputado, excepcionalmente, si el fiscal cuenta con los elementos suficientes para determinar el monto de reparación civil, lo fijará razonablemente.
- c) En caso que las partes asistan a la Audiencia Única de Principio de Oportunidad, el fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la Reparación Civil, forma de pago, plazo, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordara.
 - d) En caso que las partes arriben a un acuerdo, el fiscal dejará constancia en el acta de los extremos del mismo, detallando el modo y forma en que deberán ser cumplidos; para llegar al acuerdo bastará con el consentimiento del imputado a efecto de acogerse al Principio de Oportunidad.

En los supuestos anotados, el fiscal debe asumir una actitud neutral, incluso, despejará dudas sobre la misma diligencia, las obligaciones y los compromisos asumidos. Así dejará que las partes lleguen a un entendimiento, el cual se le hará saber. Esto implica que dicho *acuerdo* debe ser aceptado por el fiscal. Resulta claro, entonces, que no se trata de una diligencia de conciliación.

Cuando las partes acuerden en audiencia el plazo del pago de la reparación civil, el fiscal procurará que el mismo sea el más breve posible y que no exceda de los nueve meses. En el supuesto que dicho plazo sea fijado por el fiscal, podrá ser establecido de acuerdo a las circunstancias del caso. Este plazo no podrá ser superior a nueve meses conforme a lo dispuesto en el inciso 3, artículo 2 del Código Procesal Penal. En ambos casos, la Disposición o Resolución de abstención de la acción penal se emitirá una vez cumplido el acuerdo. Ahora bien, en caso que las partes, lleguen a un acuerdo y este conste en documento público o documento privado legalizado notarialmente, el fiscal emitirá la Disposición de la abstención de la acción penal.

El art. 2.7 del CPP 2004 regula el trámite a seguir una vez que ya se formalizó la investigación preparatoria, en donde el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Minis-

nidad o Acuerdo Reparatorio en dos ocasiones, y se trate de delitos de la misma naturaleza o que atente contra el mismo bien jurídico, no resulta procedente una tercera aplicación dentro de los cinco años desde la última Disposición o Resolución de abstención de la acción penal; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación.

- c) No resulta procedente el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio, cuando el imputado, sin ser reincidente o habitual, se acogió y cumplió con el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio y haya cometido nuevo delito dentro de los cinco años, computándose este plazo desde la Disposición o Resolución de abstención de la acción penal hasta la comisión del nuevo delito; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación²⁷.

11.3 Procedimiento a seguir

La ley regula la forma en que se procede a la aplicación del principio de oportunidad, sea de oficio por el fiscal o a pedido de alguna de las partes. Para iniciar el procedimiento, el fiscal deberá *contar con los elementos de convicción que acrediten la existencia del delito y la vinculación del imputado con este* (art. 6 del Reglamento). Al mismo tiempo, estará convencido de que el hecho delictivo ocurrió y que el denunciado es el responsable, de lo contrario, archivará la investigación.

Se establece que el fiscal *citara al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo (audiencia única de principio de oportunidad)*, conforme a las siguientes reglas (art. 10 del Reglamento):

- a) Ante la inconcurrencia de las partes o alguna de ellas, el fiscal dejará constancia en el acta respectiva, pudiendo en dicho acto señalar la fecha y hora para una segunda citación, de ser necesario.
- b) Si en la segunda citación no asiste el imputado, el fiscal procederá conforme a sus atribuciones; en el caso que no asista

el agraviado pero concurra el imputado, excepcionalmente, si el fiscal cuenta con los elementos suficientes para determinar el monto de reparación civil, lo fijará razonablemente.

- c) En caso que las partes asistan a la Audiencia Única de Principio de Oportunidad, el fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la Reparación Civil, forma de pago, plazo, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordara.
- d) En caso que las partes arriben a un acuerdo, el fiscal dejará constancia en el acta de los extremos del mismo, detallando el modo y forma en que deberán ser cumplidos; para llegar al acuerdo bastará con el consentimiento del imputado a efecto de acogerse al Principio de Oportunidad.

En los supuestos anotados, el fiscal debe asumir una actitud neutral, incluso, despejará dudas sobre la misma diligencia, las obligaciones y los compromisos asumidos. Así dejará que las partes lleguen a un entendimiento, el cual se le hará saber. Esto implica que dicho *acuerdo* debe ser aceptado por el fiscal. Resulta claro, entonces, que no se trata de una diligencia de conciliación.

Cuando las partes acuerden en audiencia el plazo del pago de la reparación civil, el fiscal procurará que el mismo sea el más breve posible y que no exceda de los nueve meses. En el supuesto que dicho plazo sea fijado por el fiscal, podrá ser establecido de acuerdo a las circunstancias del caso. Este plazo no podrá ser superior a nueve meses conforme a lo dispuesto en el inciso 3, artículo 2 del Código Procesal Penal. En ambos casos, la Disposición o Resolución de abstención de la acción penal se emitirá una vez cumplido el acuerdo. Ahora bien, en caso que las partes, lleguen a un acuerdo y este conste en documento público o documento privado legalizado notarialmente, el fiscal emitirá la Disposición de la abstención de la acción penal.

El art. 2.7 del CPP 2004 regula el trámite a seguir una vez que ya se formalizó la investigación preparatoria, en donde el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Minis-

terio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento *hasta antes de formularse la acusación*, se precisa que la resolución no será impugnabile, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

11.4 El Acuerdo Reparatorio

El nuevo proceso penal también reitera otro criterio de oportunidad previsto en la legislación anterior llamado *acuerdo reparatorio*, en virtud del cual determinados delitos, por su escasa lesividad, son susceptibles de la aplicar la fórmula de acuerdo. A diferencia de los tres casos previstos en el numeral 1 del art. 2º, en donde la aplicación de la oportunidad es facultativa por el fiscal, en el presente supuesto, el representante de la Fiscalía está en la obligación de *viabilizar* el acuerdo, aunque este no llegue a concretarse. Por lo tanto, si bien no existe una contraposición con los otros supuestos de oportunidad, nuestro legislador introduce una alternativa pragmática de solución de conflicto con intervención directa del fiscal. De este modo se aleja relativamente del modelo procesal asumido en el derecho comparado moderno. La idea central radica en que en tales delitos *necesariamente* se cita a las partes para que el acuerdo se concrete con intervención del fiscal⁽⁸²⁾.

Los delitos que contempla la ley son los siguientes: lesiones (art. 122), hurto simple (art. 185), hurto de uso (art. 187), hurto de ganado (art. 189-A, primer párrafo), apropiación ilícita (art. 190), hurto de bien propio (art. 191), modalidades de apropiación irregular (art. 192), apropiación de prenda (art. 193), estafa (art. 196), otros supuestos de estafa (art. 197), administración fraudulenta (art. 198), daños (art.

⁽⁸²⁾ En realidad, el legislador pudo optar por una obligatoriedad al fiscal para la viabilización de todos los supuestos de oportunidad, lo que se puede suplir con la actuación de los fiscales de decisión temprana a quienes, precisamente, se les ha dado facultad para ello.

205), libramiento indebido (art. 215) y todos los delitos culposos. Sin embargo, el legislador ha previsto determinados casos donde no es posible el llamado acuerdo reparatorio:

- a) cuando exista pluralidad importante de víctimas, lo que entendemos dependerá también del ilícito penal, por ejemplo, estafa, apropiación ilícita, libramiento indebido, homicidio culposo. Así, no es lo mismo que el imputado estafe a una o dos personas con sumas reducidas de dinero, que a treinta o más personas con la venta ficticia de vehículos. En cualquier caso dependerá del criterio que maneje el fiscal al momento de resolver el pedido; o
- b) cuando exista concurso con otro delito, salvo que sea de menor mayor gravedad o afecte bienes jurídicos disponibles.

En este mismo supuesto, la ley señala que el fiscal, de oficio o a pedido del imputado o de la víctima, *propondrá un acuerdo reparatorio*. Si ambos convienen en este acuerdo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal mediante una disposición. Esto confirma la intervención directa del fiscal en esta fórmula de consenso, pues a diferencia de los tres casos analizados en el apartado 1, artículo 2 del Código Procesal Penal, en donde el fiscal debe esperar que las partes lleguen a acuerdo, mediante esta fórmula reparatoria, el propio fiscal es quien propone la reparación del daño, incluso en ausencia de la víctima, la que habiendo sido citada no concurre. Caso distinto es aquel en que no concurre el imputado a la segunda citación o se ignora su paradero, por lo que se debe proseguir con el ejercicio de la acción penal.

11.5 El llamado acuerdo notarial

El nuevo Código Procesal Penal también mantiene la figura del acuerdo notarial (no existente en el texto original) que –entendemos– desnaturaliza la institución de la oportunidad en tanto ya no es necesario llegar a una fórmula de consenso en presencia de la autoridad fiscal, sino que las mismas partes en conflicto son quienes mediante un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente llegan a un “acuerdo reparatorio”. Esta posibilidad notarial podrá

aplicarse en los dos últimos casos del apartado 1 (mínima lesividad de la infracción y mínima culpabilidad del autor o partícipe) y en los delitos contemplados en el apartado 6 (acuerdo reparatorio). En efecto, el legislador expresa que no “será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente” (art. 2, ap. 3); y tratándose de los supuestos del numeral 6, “basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte auto de sobreseimiento” (art. 2.7, último párrafo).

De presentarse estos casos, deberá el imputado acreditar ante el fiscal o juez –dependiendo del momento procesal– para que se proceda al archivo o sobreseimiento de la investigación, lo que creemos no impide la citación a las partes ante la autoridad judicial a fin de que se ratifiquen en el contenido de este acuerdo. En realidad, existe una aparente contradicción: por un lado, se precisan los delitos en los cuales cabe la fórmula de acuerdo con intervención del fiscal, pero, por otro, se desnaturaliza el principio de oportunidad cuando se facilita el acuerdo entre las partes sin contar con la presencia de la autoridad fiscal o judicial, que es la que imprime el acento de control e intermediación y, además, sin su presencia se reduce el compromiso tácito del imputado a no volver a delinquir. Naturalmente, las directivas que se dicten en el Ministerio Público y en el Poder Judicial sobre la aplicación de este importante principio podrán complementar la forma de intervención de los operadores judiciales para la verificación del documento notarial.

11.6 Efectos de la aplicación del principio de oportunidad

El efecto inmediato es el archivo de la investigación preliminar por el fiscal. Este funcionario *se abstiene de continuar con la persecución del delito*. Si el caso ya se encuentra en fase de investigación preparatoria, el sobreseimiento corresponde al juez. No genera antecedentes.

Debe recordarse que se trata de un mecanismo procesal que busca darle oportunidad al imputado a fin de que no vuelva a incurrir en delito.

Capítulo II

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. IDEAS PRELIMINARES

En el modelo establecido en el Código de Procedimientos Penales de 1940, estaba claro que el inicio formal del proceso penal se daba con la emisión del auto de apertura de instrucción. Ahora bien, en la práctica, la investigación preparatoria reemplaza a la fase de instrucción del proceso penal antiguo, aunque con algunas características y titularidad que le son propias, ya que se encuentra a cargo del fiscal –no del juez instructor, como en el modelo anterior– y constituye la fase siguiente de la investigación preliminar, de tal manera que cuando esta culmina, el fiscal –dado el cumplimiento de los presupuestos que exige la ley– emite una disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

Como ya lo hemos anotado precedentemente, somos de la opinión que el CPP 2004 reconoce claramente cinco etapas: investigación preliminar, investigación preparatoria, etapa intermedia, juzgamiento y ejecución. Las dos primeras están bajo el mando y la dirección del representante del Ministerio Público; y las tres últimas, dirigidas por el órgano jurisdiccional. Ahora bien, la condición de etapa formal del proceso penal, en el CPP 2004, no está determinada por la intervención del órgano jurisdiccional, ni por el reconocimiento legal que podría

tener, sino, por la función que cumplen en el marco de un proceso penal. La función primordial de la fase de investigación (tanto preliminar como preparatoria) es recolectar elementos de investigación (de cargo y de descargo) que permitan tomar una decisión fundada en torno al acaecimiento y responsabilidad del hecho punible. La diferencia esencial, entre ambas fases, se encuentra en que, en la investigación preliminar (diligencias preliminares como las denomina el CPP 2004), estos actos de investigación tienen el carácter de urgentes o inaplazables; y en la investigación preparatoria propiamente dicha, se continúa con las demás diligencias de investigación y las actuaciones propias de dicha etapa. Culminada la fase de investigación preparatoria, el fiscal decide si formulará requerimiento acusatorio o solicitará el sobreseimiento de la casusa. Por tanto, estimamos que el proceso penal se inicia con la etapa de investigación preliminar.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO CONTINÚA CON LA INVESTIGACIÓN

El fiscal que dirige la investigación preparatoria, es el mismo que asumió la dirección de la investigación preliminar. Ambas etapas, si bien son diferenciadas, en cuanto al plazo y a sus particulares características –como ya lo hemos mencionado– teleológicamente forman una *unidad*, de ahí que todo lo actuado en la fase preliminar pasa a formar parte de la investigación preparatoria.

En el antiguo modelo, la fase de Instrucción (equiparable a la investigación preparatoria, como ya lo hemos señalado), a cargo del juez, en la práctica era una etapa formalista, burocrática y lenta, no solo porque estaba a cargo del órgano jurisdiccional, sino porque era una fase netamente escrita. Ahora, en el CPP 2004, al ser el fiscal el titular y responsable de toda la etapa de investigación, y sobre todo al adoptarse un modelo oral de toma de decisiones relevantes (sistema de audiencias), la investigación preparatoria se torna más flexible, desprovista de formalidades innecesarias y activa, lo cual, de ningún modo, significa reducción o flexibilización de garantías o derechos a favor del investigado. En la investigación preparatoria, el fiscal continuará con la estrategia de investigación, ya delineada desde las diligencias preli-

minares, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos y las garantías de todos los sujetos procesales.

Para lograr los objetivos de esta fase procesal, el fiscal puede requerir la colaboración de autoridades y funcionarios públicos, los cuales se deberán cumplir con los requerimientos o pedidos que se les realicen, bajo responsabilidad, tal como lo establece el artículo 321.2 del CPP 2004: “La Policía Nacional del Perú y sus órganos especializados en criminalística, la Dirección de Policía contra la Corrupción, el Instituto de Medicina Legal y los demás organismos técnicos del Estado, están obligados a prestar apoyo al Fiscal. Las universidades, institutos superiores y entidades privadas, de ser el caso y sin perjuicio de la celebración de los convenios correspondientes, están facultados para proporcionar los informes y los estudios que requiere el Ministerio Público. La Contraloría General de la República, conforme a sus atribuciones y competencia, a solicitud del Titular del Ministerio Público, podrá prestar el apoyo correspondiente, en el marco de la normativa de control”.

Cabe señalar que si bien esta etapa, en cuanto a su rol netamente de investigación, es dirigida por el fiscal de primera instancia (fiscal provincial), su control, en cuanto a la regularidad, el plazo, los apersonamientos, así como las decisiones que afecten derechos fundamentales, en virtud del principio de jurisdiccionalidad, están a cargo del juez de la investigación preparatoria, como órgano jurisdiccional de garantías del procedimiento y de las partes.

La ley procesal regula todas las diligencias formales que deben de realizarse durante esta etapa, la actuación de los sujetos procesales y las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos. Ciertamente, la investigación preparatoria evidencia una investigación más amplia, y a la vez, complementaria de la anterior con la finalidad de reunir los elementos de investigación para que el fiscal pueda tomar una decisión, de continuar con el proceso (formulando acusación) o solicitar su archivo (requiriendo el sobreseimiento); por otro lado, la compilación de estos elementos de investigación, permitirá al Juez de la Investigación Preparatoria que, a pedido del fiscal, adopte las medidas correspondientes.

3. LÍNEAS RECTORAS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

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

- 1) La *unidad* de la investigación fiscal, debido a que es el mismo representante del Ministerio Público quién dirigió la investigación preliminar, continúa a cargo de esta etapa preparatoria y además interviene en la etapa intermedia y en el juicio oral, si fuera el caso. Esta intervención directa del fiscal en todas las fases del proceso penal permite una actuación con mayor conocimiento y concentración del caso. Para dicho cometido, el fiscal provincial cuenta con el apoyo de los fiscales adjuntos, quienes actúan por delegación y asumen también la investigación de los casos que les han asignado.
- 2) El fiscal dispone de todas las diligencias que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines sobre la base de la estrategia de investigación que debe de elaborar a su inicio (declaraciones, pericias, inspecciones, informes, etc.). La intervención de las partes y sus propuestas probatorias deberán ser consideradas en su plan de investigación.
- 3) Dispone que la policía realice las investigaciones complementarias o las que sean necesarias. En tal sentido, complementará las que falten directamente o serán derivadas a la policía para su realización con precisión de las diligencias e incluso del plazo de la investigación.
- 4) Se disponen las medidas razonables y necesarias para proteger los elementos probatorios, máxime si estos están bajo su control y pueden ser de suma utilidad para su decisión final. Así se dispone la reserva de la misma investigación y se garantiza su imparcialidad. La reserva significa la ausencia de publicidad de los actos de investigación en la forma que prevé la ley, lo que no impide a las partes acreditadas el conocimiento de lo que acontece. La imparcialidad es un principio rector para todo órgano director de investigación e importa una actuación fiscal recta y exenta de favoritismo o inclinación hacia alguna de las partes.

- 5) De manera excepcional, el fiscal puede ordenar que alguna actuación, diligencia de investigación judicial o documento se mantenga en secreto, por un plazo no mayor a 20 días (prorrogables por el juez de la investigación preparatoria por igual término), solo cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. El secreto supone que el imputado y su defensa no tomarán conocimiento de la actuación, diligencia o documento de la investigación.
- 6) Las actuaciones de la investigación, dada su finalidad preparatoria para el juicio oral, solo sirven para emitir resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia (art. 325). Las pruebas anticipadas (de conformidad con el artículo 242) y las actuaciones objetivas e irreproducibles, conocidas como pruebas preconstituidas, tienen carácter de prueba a efectos de la sentencia penal.
- 7) Se garantiza el derecho de defensa para cada una de las partes intervinientes, por lo que pueden incluso, cualquiera de ellas, solicitar copia simple o certificada de lo actuado, pero guardando la reserva. En esencia, conforme a la lógica garantista del CPP 2004, esta característica no es sino la continuidad del derecho de defensa desde la investigación preliminar.
- 8) De todo lo actuado se deja constancia en acta, con cuidado de las formas correspondientes y evitando la formación de gruesos documentos conocidos antiguamente como “expedientes”.
- 9) Todas las medidas coercitivas son dictadas y modificadas por el juez de la investigación preparatoria, a pedido del fiscal, del imputado o de su defensor en audiencia oral y con intervención de las partes.
- 10) El fiscal provincial y superior coordinadores también realizan una labor de control de la investigación, impartiendo las instrucciones generales para la debida marcha de la función investigadora o para la decisión temprana del fiscal (principio de oportunidad, terminación anticipada).

4. FINALIDAD, CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

4.1 Finalidad

Esta etapa, como el mismo CPP 2004, lo indica en el art. 321.2: “(...) 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, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado” (art. 321.2).

Como su mismo nombre lo expresa, es una etapa preparatoria que sirve tanto para el fiscal como para las partes. A partir de sus resultados son posibles opciones alternativas, tanto despenalizadoras (sobreseimiento), como de simplificación procesal (proceso de terminación anticipada), es decir, no posee un fin en sí misma⁽⁸³⁾, pero es preparatoria, sobre todo, para un eventual juzgamiento, esto es, se trata de una etapa que posibilitará la recopilación de diversos elementos de investigación para que el fiscal tome una decisión.

4.2 Características

Las características son las siguientes:

- 1) Se inicia luego de culminada la investigación preliminar mediante una disposición emanada del despacho fiscal. No es necesario que se agote el plazo de la investigación preliminar, es más, puede darse inicio a esta (investigación preparatoria), si existen los elementos suficientes. Las diligencias actuadas durante la investigación preliminar no se repiten, lo que permite dar celeridad al proceso penal.
- 2) Se dispone la concurrencia de las personas imputadas, agraviadas y testigos que no hubieran declarado en la investigación

(83) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, INPECCP - CENALES, Lima, 2015, p. 302.

preliminar o, habiéndolo hecho, se les requiera o se solicite la ampliación. En este último caso, el solicitante deberá sustentar el porqué de la declaración y los temas sobre los que versará.

- 3) Se solicitan las informaciones complementarias a las entidades públicas o privadas, relacionadas a los hechos que se investigan.
- 4) Las partes pueden solicitar al fiscal la actuación de diligencias que sean conducentes.
- 5) El plazo máximo de duración dependerá del tipo de caso que se esté ventilando dentro de un proceso ordinario.
- 6) Culminada la investigación preparatoria, el fiscal se decide por el sobreseimiento o la acusación, fundamentando su decisión en cualquiera de tales extremos.

4.3 Efectos

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

- 1) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal. El Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116 desarrolla la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el art. 84 del CP, y refiere que la suspensión regulada en el art. 339.1 del CPP 2004 es *sui generis*, distinta a la que prevé el Código Penal, porque es la formalización de la investigación preparatoria, emitida por el fiscal, que suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Adicionalmente, el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116 concluye que el art. 339.1 del CPP 2004 no ha derogado ni modificado, directa ni indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83 del CP. A su vez, el art. 84 del CP tampoco ha sido derogado, ni mediatizado (en sus efectos) por el art. 339.1, pues ambas disposiciones son independientes, aunque aludan a una misma institución penal. Finalmente, en la Casación N.º 442-2015/Del Santa, se dejó sentado que el art. 339.1 del CPP 2004 establece una modalidad de suspensión del plazo prescriptorio, única en su género, y el cómputo de los

plazos de prescripción de la acción penal, en estos casos, no es ilimitado sino por un periodo equivalente “a un plazo ordinario más la mitad, por lo que la acción penal prescribirá indefectiblemente cuando haya culminado dicho plazo”, conforme también lo estableció el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116.

- 2) Iniciada esta investigación solo podrá ser archivada por decisión del juez de la investigación preparatoria, a pedido del fiscal o del imputado en fase intermedia. Ello muestra el control judicial en esta etapa procesal.
- 3) La adopción de alguna medida de coerción personal por el juez a pedido del fiscal.

5. FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Cuando el fiscal decide pasar a la siguiente etapa, dicta una disposición de apertura de la investigación preparatoria, es decir, pasa a una investigación formal también bajo su dirección y responsabilidad, pero está sujeto al control judicial cuando las partes lo requieran.

5.1 Presupuestos

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

- 1) *La presencia de indicios que revelan la existencia del delito:*
La formalización de la investigación preparatoria requiere de elementos probatorios objetivos que pongan en evidencia la comisión del delito, y que se vinculen con la persona imputada. Si hay elementos probatorios sobre el delito y sobre el imputado vinculado al ilícito, que merecen ser investigados con mayor profundidad, se dispone la investigación preparatoria que, como se ha dicho, viene a ser complementaria y que permite la intervención del órgano jurisdiccional para emitir las resoluciones que correspondan.

Entonces, por ejemplo, formalizará *la investigación preparatoria por homicidio*, si existe el cuerpo del delito o los elementos probatorios sobre la preexistencia de la víctima y se conozca al sospechoso del crimen.

La Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, en su fundamento 24.B, dejó establecido que para la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesitaba *una sospecha reveladora*, consistente en lo que sigue: “(...) la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta de lavado de activos, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación –los elementos de prueba, como se sabe, son los que se utilizan para la construcción de una sentencia– para incoar un proceso penal en forma y, en su día, servir de presupuesto necesario para la acusación y la apertura del juicio oral –en este supuesto la investigación arroja mayor claridad sobre los hechos objeto de averiguación–. Los hechos para la dilucidación, en el momento procesal oportuno, de la acusación solo podrán determinarse en su extensión y necesaria explicitación hasta el término de la investigación preparatoria (...) Para esta inculpación formal, propia de la disposición de formalización, se requiere probabilidad de intervención del imputado en un hecho punible. Los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose por ello de vagas indicaciones o livianas sospechas, de suerte que la aludida disposición debe apoyarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza supongan una probabilidad de la existencia de un delito –no se exige un inequívoco testimonio de certidumbre– (conforme: STCE de 16 de febrero de 1983)”.

- 2) *Que se haya individualizado al imputado*: Es importante señalar que el proceso penal se debe de seguir contra persona cierta y debidamente identificada. El art. 336.1 alude a que se haya individualizado al imputado, cuando más apropiado hubiera sido el termino *identificado* por ser de mayor connotación. Empero, no existe impedimento alguno para

que se interprete de la mencionada forma, pues lo que se busca es conocer debidamente a la persona contra quien se realiza la investigación preparatoria y con posibilidad de aplicársele la medida coercitiva. Un proceso serio exige saber no solo que el imputado existe, sino determinar quién es, lo que exige conocer sus nombres y apellidos, verificados con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), su domicilio o datos físicos personales. Claro está, que tal información ha debido de verificarse en la investigación preliminar a fin de continuar la persecución penal contra persona cierta. En tal sentido, no cabe una investigación contra personas desconocidas o contra los que *resulten responsables*.

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

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

- 4) ***Que se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad, si fuere el caso***: Este requisito se encuentra supeditado a la exigencia de algún presupuesto de procedibilidad para el inicio de la investigación preparatoria y que se encuentre previsto en la ley, sea penal o procesal. No se trata de lo que la autoridad fiscal o judicial estime como requisito de procedibilidad sino de lo que la ley establece. Tal es el caso del delito de omisión de prestación de alimentos, de quiebra fraudulenta, o cuando se trata de delito financiero. De esta manera se busca cumplir

con la normatividad existente y evitar la interposición posterior de una cuestión previa.

5.2 Contenido de la disposición fiscal

De esta manera, el Ministerio Público continúa con la investigación en que exige que la disposición emanada del fiscal y que constituye la *formalización de la investigación* contenga los siguientes requisitos:

- 1) *El nombre del imputado*, pues se debe recordar que el proceso se sigue contra persona cierta, debidamente identificada.
- 2) *Los fundamentos de hecho*, que motivan la calificación penal que se hará seguidamente. Son los hechos que motivan la intervención fiscal y que se conocen hasta culminar la investigación preliminar.
- 3) *Los fundamentos de derecho o tipificación* (calificación) *específica del delito*, que son el tipo penal que el fiscal considera aplicable al caso concreto. Es más, la ley establece que es posible consignar una tipificación alternativa, cuando las circunstancias aún no resulten claras hasta ese momento procesal, la misma que debe estar motivada debidamente por el fiscal.
- 4) El nombre del agraviado, cuando fuere posible su debida identificación.
- 5) Las diligencias que deben actuarse, conforme al delito investigado, y que complementarán las ya realizadas.

Una vez dictada la disposición que formaliza investigación preparatoria, el fiscal debe proceder a comunicar tal decisión y por escrito al juez de la Investigación Preparatoria (art. 3), y continuar con sus investigaciones.

6. LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Como se podrá observar, la dirección de la investigación preparatoria se encuentra a cargo del fiscal; sin embargo, la legislación procesal crea la figura del juez para dicha investigación que, en esencia,

cumple funciones de garantía para efecto de las decisiones más importantes que se dictan durante dicha etapa, entre las principales:

- 1) Decide el apersonamiento de las partes en el proceso, por ejemplo, del actor civil o tercero civil responsable.
- 2) Dicta las medidas cautelares o coercitivas, a pedido del fiscal o las partes, sea imponiéndolas o variándolas, como ya se ha dicho.
- 3) Se pronuncia sobre la actuación de determinadas diligencias de investigación cuando sean rechazadas por el fiscal.
- 4) Dirige la audiencia en donde decide los pedidos formulados por las partes con intervención de las mismas.
- 5) Decide la actuación de la prueba anticipada tanto en la fase preparatoria como en la intermedia.
- 6) Dicta la resolución de sobreseimiento del proceso.
- 7) Dirige la etapa intermedia del proceso.

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

7. LAS PRINCIPALES DILIGENCIAS

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

7.1 La declaración del imputado

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

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

A diferencia de la legislación anterior, se cambia la denominada declaración *instructiva*, que obedecía al hecho de recibirse tal declaración en la etapa de la instrucción, por la *declaración del imputado*. En el proceso penal presenta las mismas características aun cuando sean distintos los momentos procesales donde se reciba su dicho. Si el imputado presta su declaración en la etapa de la investigación preliminar, conforme a las reglas que este Código establece, su declaración posterior (investigación preparatoria) sería complementaria, aunque cabe la posibilidad de que modifique lo declarado o proceda a retractarse. En cualquier caso, la declaración del imputado se hace ante el fiscal cuando este lo disponga, con intervención de su defensor, así como también debe señalarse el derecho que tiene el imputado de ampliar su declaración debiendo accederse a dicho pedido. Solo podrá rechazarse el pedido si se apreciare intención dilatoria o maliciosa (art. 86.1).

Esta diligencia tiene naturaleza formal. Se levantará acta suscrita por todas las personas intervinientes. El Código establece determinadas reglas para esta diligencia:

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

- 2) Se le hará conocer del derecho que tiene a abstenerse de declarar y que su silencio no podrá ser utilizado en su contra.
- 3) Se le hará conocer que tiene derecho a la presencia de su defensor y que si no puede nombrarlo se le designará un abogado de oficio. De acuerdo con la ley es obligatoria la presencia de su abogado.
- 4) Se le informará que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba (si la declaración se produce en el juicio oral).
- 5) Se informará al imputado que puede dictar su declaración a efecto de que se transcriba lo que está deponiendo. Naturalmente, podrá revisar su propia declaración al final de la diligencia e incluso durante el curso de la misma.
- 6) Se le exhortará para que responda con claridad y precisión a las preguntas que se formulan.
- 7) Ya sea el fiscal o el juez, dependiendo de la etapa procesal, podrán poner en conocimiento del imputado los beneficios que prevé la ley si coopera con el esclarecimiento de los hechos. Esta referencia está especialmente dirigida a la aplicación posible de la confesión sincera u otros mecanismos de derecho penal premial.

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

- 1) Las llamadas generales de ley del imputado que comprende su nombre (o alias), lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, lugares de residencia anterior, nombre de los padres, cónyuge e hijos y de las personas con las que vive.
- 2) El imputado prestará declaración con libertad, sin el uso de esposas u otra forma de seguridad y solo con la presencia de personas autorizadas.

- 3) También se le preguntará si ha sido procesado anteriormente por el mismo hecho o por otros, y se proporcionará la información necesaria sobre el proceso. La finalidad es obvia: evitar una doble persecución o decisión sobre los mismos hechos.
- 4) Se le interrogará sobre los bienes que tiene y los títulos sustentatorios. Incluso si están libres de gravamen.
- 5) También se le interrogará sobre su relación con los demás imputados y agraviados.
- 6) Sobre el tema de fondo, se le invitará a que declare sobre la imputación existente en su contra, y se podrá pedir a la autoridad judicial la actuación de actos de investigación o de prueba que le pueda favorecer.
- 7) El fiscal y el defensor lo interrogarán directamente. En el juzgamiento se procederá al interrogatorio por todas las partes, de la misma forma pero bajo la dirección del juez, por lo que resulta casi excepcional su intervención y formulará preguntas para cubrir algún vacío o para esclarecer los hechos.
- 8) Las preguntas serán claras y precisas; se prohíben aquellas que fueran capciosas, ambiguas o sugestivas. El imputado no puede ser coaccionado, inducido o determinado a declarar en contra de su voluntad ni sometido a promesas tendientes a obtener su confesión.
- 9) Con ocasión del interrogatorio, podrá procederse al reconocimiento de documentos, personas o cosas, y se cumplirá con las formalidades que se exigen para dichas diligencias.
- 10) Si el imputado aporta nuevos elementos de prueba que deben ser examinados en su oportunidad, se guardará en sobre lacrado para la diligencia posterior.
- 11) Si el imputado mostrara cansancio o falta de serenidad, se suspenderá la diligencia hasta superar tales circunstancias.
- 12) Si el imputado se niega a declarar se dejará constancia en el acta. Si se niega a firmar, se dejará constancia del motivo.

7.2 La declaración de los testigos

La declaración testimonial en el proceso penal constituye un medio probatorio de suma importancia para efecto del esclarecimiento de los hechos y el más utilizado en el proceso penal. El testigo, como órgano de prueba, aparece como la primera fuente de información que tiene la autoridad fiscal y judicial para conocer lo que sucedió en relación a los hechos considerados delictuosos así como sobre las personas involucradas. Por ello, el legislador precisa lo siguiente: a) el testigo debe declarar sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba; b) en el caso de testigo indirecto o de referencia, se obliga a su verificación, pues este es fuente de prueba, caso contrario, no será utilizado; c) el testigo no puede emitir conceptos u opiniones personales sobre hechos ni responsabilidades personales, por lo mismo no se le pueden formular preguntas de esa naturaleza; y d) el testigo por alguna importancia singular o de riesgo pide (o se le ofrece) protección, lo que se conoce como *testigo protegido*.

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

La declaración de los testigos se desarrolla de acuerdo a las disposiciones ya conocidas pero con mayores precisiones: a) debe ser instruido de sus obligaciones y responsabilidades; b) debe ser advertido de que no está obligado a responder a preguntas de las cuales puede surgir su responsabilidad penal; y c) debe prestar juramento o promesa de honor antes de declarar, excepto en los casos de vínculo familiar o si se trata de menores de edad o de quienes presenten anomalía síquica o alteración en la percepción.

El testigo será preguntado por sus datos de identidad, estado civil, profesión, domicilio, su relación con el imputado, agraviado o con alguna otra persona interesada en el proceso. También se incluye

la reserva de la información sobre su domicilio si el testigo expresara la existencia de *temor* sobre su integridad. Incluso se posibilita la reserva de toda información sobre la identidad del testigo (art. 170.4).

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

7.2.1 *Abstenciones al rendir la declaración testimonial*

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

- 1) *Por razones de vínculo familiar:* El cónyuge o conviviente del imputado, aun cuando haya cesado el vínculo; los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y se extiende a los parientes por adopción. Se trata de un derecho que les asiste a las referidas personas, las mismas que pueden declarar, negarse, en todo o en parte, pero siempre serán advertidos por la autoridad judicial al inicio de la diligencia.
- 2) *Por razones de secreto profesional o de Estado:* La razón de la abstención a declarar de determinados testigos radica en los fundamentos propios de la profesión o culto religioso: el secreto o el deber de reserva de lo que se conoce en el ejercicio de la profesión o culto religioso. Es importante verificar la relación de profesión o culto que existe con el imputado para que proceda la abstención.

El legislador del Código ha realizado precisiones a esta excepción comprendiendo como abstención no solo a los testigos vinculados con el secreto profesional o culto religioso, sino también aquellos casos donde el secreto de Estado aparece como una responsabilidad de funcionarios públicos.

7.2.2 Testimonios de altas autoridades y casos especiales

El CPP 2004 también regula la declaración de los altos dignatarios del Estado, de los miembros del cuerpo diplomático, del testimonio de las personas residentes en lugares distintos a la sede judicial y de determinados casos especiales.

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

Se entiende que el fiscal realiza esta diligencia en la etapa de investigación; sin embargo, se prevé que el juez puede autorizar que se reciba su testimonio por escrito, cursando el pliego interrogatorio elaborado a instancia de las partes (art. 167.1). También se señala que el examen se procede de manera regular, salvo en el caso de los presidentes de los Poderes del Estado y el presidente del Consejo de Ministros, cuando el juez considere indispensable su presencia para la realización de un reconocimiento, careo u otra diligencia que estime necesaria (art. 167.2).

En el caso de funcionarios del cuerpo diplomático o consular acreditados en el Perú, aunque hayan culminado sus misiones y se encuentren

en el extranjero, se recibirá su declaración testimonial a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se les remitirá el pliego interrogatorio en que absolverá bajo juramento o promesa de decir la verdad (art. 168).

También se establece la declaración testimonial por la vía tradicional del exhorto, cuando se tratara de testigos que residen fuera de la localidad de la sede judicial o en el extranjero. Se prevé la posibilidad de utilizar medios tecnológicos más modernos y apropiados como la teleconferencia o videoconferencia⁽⁸⁴⁾, o la filmación de la declaración, con la participación del fiscal y los defensores, y en su caso, con el cónsul o funcionario habilitado.

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

7.2.3 Reconocimiento efectuado por testigo

La declaración del testigo resulta de suma importancia en el proceso penal, pues muchas veces permite conocer más allá de lo que aparece brevemente en los hechos que se investigan o juzgan. También, posibilita la recreación de los hechos y su contrastación con la versión ofrecida por el imputado, el agraviado y los otros testigos. De hecho, muchos de los casos de la justicia penal se resuelven sobre la base de lo declarado por los testigos. Pero también es importante el *reconocimiento* que el testigo presencial puede hacer sobre la persona o cosa que conoce con motivo de la realización del hecho delictivo.

⁽⁸⁴⁾ El empleo de la tecnología es muy importante en el sistema de justicia y de hecho se utiliza con cierta frecuencia en el juicio oral, aunque limita un poco la intermediación judicial.

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

7.3 La declaración del agraviado

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

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

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

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

7.4 La pericia

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

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

De acuerdo con el art. 172.1 del Código, procede la pericia “siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”. El fiscal o el juzgador dispondrá de esta diligencia, de oficio o a pedido de las partes, en los casos que sea necesario y cuyo resultado permita esclarecer o comprobar determinados hechos, sean de cargo o de descargo.

7.4.1 El perito

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

7.4.2 Características de la pericia

Las características son las siguientes:

- 1) La pericia se ordena por el fiscal en la etapa preparatoria o por el juez de la investigación preparatoria en casos de prueba anticipada o por el juez del juicio.
- 2) Se nombrará a un perito entre los especialistas y entre estos a los que sirven al Estado; en su defecto, entre los designados o inscritos, según la LOPJ. En casos complejos se podrán designar a dos o más peritos.
- 3) Se establece que la labor pericial se encargará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la PNP, al Instituto de Medicina Legal del MP y al Sistema Nacional de

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

- 4) El perito prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia.
- 5) El objeto de la pericia será determinado por la autoridad fiscal o judicial, según el estadio procesal. También fijará el plazo para la entrega del informe pericial.
- 6) Se podrá disponer la ampliación de la pericia por el mismo perito o designar otro perito.
- 7) Se señala que no podrán ser nombrados peritos quienes se encuentren dentro de las mismas causales que los testigos; que hayan intervenido como parte en el mismo proceso u otro conexo; que se encuentren inhabilitados o suspendidos; o que hayan sido testigos del mismo hecho. En los mismos casos se excusarán.
- 8) Se prevé la tacha de peritos en los casos señalados anteriormente. Procede la subrogación del perito. También se señala que la tacha no impide la presentación de la pericia.
- 9) El perito también será subrogado si, habiendo sido apercebido, demuestra negligencia en el ejercicio de sus funciones.
- 10) La labor pericial es gratuita y en los casos que no lo fueran, los honorarios se fijarán conforme a la tabla que se apruebe para tal efecto.
- 11) El perito tiene acceso al expediente y demás evidencias, está obligado a la reserva, bajo responsabilidad.

7.4.3 Los peritos oficiales y los de parte

La ley procesal separa igualmente a los peritos oficiales de los de parte. Los primeros presentan las particularidades ya señaladas líneas arriba, como designación oficial, gratuidad de su labor, juramentación,

presentación del informe, examen; los segundos, los peritos de parte, son aquellos presentados por la parte interesada a fin de que expongan sus opiniones científicas, técnicas o artísticas.

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

7.4.4 Contenido del informe pericial oficial

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

7.4.5 El examen o explicación pericial

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

discrepantes entre los peritos oficiales, se procederá al debate entre ellos en el curso del juicio oral (art. 181).

7.5 El careo

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

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

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

Esta diligencia presenta las siguientes características: a) la determinación de discrepancias advertidas en las declaraciones de los citados órganos de prueba; b) la verificación por parte de la autoridad judicial de la existencia de tales contradicciones; c) la realización de la diligencia colocando frente a frente a los protagonistas; d) la ampliación aclaración o rectificación de los puntos controvertidos; y e) la posibilidad de formulación de preguntas por las partes. Cabe señalar que el legislador ha considerado levantar la prohibición que existía para la realización del careo entre testigos. Esta decisión es

pertinente y necesaria, pues no existía razón valedera para negarla y la jurisprudencia nos enseña que en no pocos casos, los testigos pueden declarar de manera distinta y hasta contrapuesta, lo que exige su esclarecimiento.

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

7.6 Los documentos

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

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

7.6.1 Reconocimiento de documento

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

7.6.2 Visualización de documento

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

7.7 El reconocimiento de personas

También se le denomina reconocimiento en rueda o de personas. Este reconocimiento constituye una de las diligencias judiciales (y policiales) de relevante impacto dentro de los actos de investigación, pues supone la sindicación o imputación directa de la víctima o testigo del hecho que se investiga sobre la persona imputada. De allí que se regule de manera específica en el Código en los artículos 189-191.

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

El presupuesto previo es que la persona que va a reconocer a otra no la conozca. De allí que se emplee el término reconocimiento. Así, en

caso que la víctima o testigo supiera de quién se trata (por ser vecino, pariente o persona conocida), pero no recordara su nombre, no se deberá realizar la diligencia, sino ubicar e identificar a la persona indicada.

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

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

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

Finalmente, se establece el reconocimiento de voces, sonido y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, para lo cual se podrán utilizar los medios técnicos necesarios. En la pericia de reconocimiento de voz deberá exigirse la total identificación de las voces a comparar o el porcentaje necesario para llegar a ese objetivo. Igualmente se procederá con el reconocimiento de cosas, las que deberán ser descritas previamente y exhibidas en la forma señalada para los documentos (arts. 190 y 191). En todos los casos se deberá levantar acta de lo actuado.

7.8 La inspección judicial y la reconstrucción

Tanto la inspección judicial como la reconstrucción constituyen actos de comprobación del delito que realiza la autoridad judicial y que posibilitan un acercamiento a la escena del crimen y/o el

conocimiento de las circunstancias que rodearon al mismo sobre la base de las declaraciones vertidas durante la investigación. De allí que normalmente ser realicen durante la fase de investigación preparatoria por el Ministerio Público.

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

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

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

De acuerdo con la norma procesal, esta diligencia tiene por finalidad “verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas”, pero, además, se establece que no se obligará al imputado a intervenir en el acto (art. 192.3), lo que resulta coherente con el derecho de defensa que le asiste. Se establece, además, que esta diligencia de reconstrucción se deberá realizar con la mayor reserva posible.

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

7.9 Las diligencias especiales

El CPP 2004 regula las llamadas diligencias especiales en atención a la naturaleza del delito que se investiga estableciendo pautas específicas en su actuación o en el valor que de ellas se desprende. Están reguladas en los artículos 195-201 que pasamos a comentar brevemente.

7.9.1 *El levantamiento de cadáver*

Esta diligencia se practica cuando existe muerte sospechosa de delito y se requiere el traslado del cadáver a otro lugar para la realización de la pericia correspondiente. Se realiza por disposición del fiscal y con la participación, de ser posible, de personal especializado en criminalística, del médico legista. Seguidamente se levanta el acta respectiva. En caso de existir razones de índole geográfica no se exigirá de policía especializada. Se establece también que el fiscal podrá delegar la diligencia en el fiscal adjunto, en la policía o en el juez de paz (art. 195).

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

7.9.2 La necropsia

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

El fiscal o su adjunto deberá estar presente en la diligencia. Los peritos de parte podrían estar presentes y hacer observaciones. También pueden participar los defensores, quienes podrán acreditar peritos de parte (art. 196). En realidad, su presencia no obedece a una razón técnica o médica.

7.9.3 El embalsamamiento de cadáver

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

De acuerdo a ley se establece que no se podrá autorizar la *incineración* del cadáver cuando se dicte sentencia firme, pero se podrá disponer lo mismo si se archiva la investigación.

7.9.4 El examen de vísceras y materias sospechosas

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

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

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

7.9.5 El examen por lesiones y agresión sexual

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

De allí que la pericia contenga o no una afirmación del daño o lesión en relación con las exigencias del tipo penal que prevé el Código Penal. El examen médico legal establecerá la lesión inferida y su gravedad, e incluso el área o instrumento utilizado. También determinará los días de asistencia médica y los días de descanso o incapacidad para trabajar. Ello permitirá calificar la lesión como leve o grave, o si se trata de una falta. En estos casos, puede resultar importante y complementario dejar constancia del estado físico con tomas fotográficas.

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

7.9.6 El examen en caso de aborto. Preexistencia de embarazo

Esta pericia se practica para determinar la *preexistencia del embarazo* en los casos de aborto o incluso en las investigaciones por delito de homicidio calificado, para ocultar otro delito. Se pretenden encontrar

signos demostrativos de la interrupción del embarazo, las causas, la gravedad del hecho y sus circunstancias, lo que permitirá a su vez determinar a sus autores y partícipes. Es necesario establecer que la mujer se encontraba embarazada.

7.9.7 La preexistencia del bien patrimonial

En los delitos contra el patrimonio se debe de acreditar la preexistencia de la cosa materia del delito, y si bien la norma no lo dice expresamente, ello corresponde principalmente a la víctima. Se requiere conocer si realmente el bien patrimonial existió. Se acredita con la factura, boleta de venta, su solvencia económica. Una fotografía puede ser importante, también un testamento o testigos.

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

8. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

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

8.1 Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

El Código, en su artículo 340, define esta diligencia como “(...) la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional o salgan o entren en él

sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. La entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales”. Junto a ello, en el mismo artículo se determina, de forma taxativa, qué bienes pueden ser materia de este tipo de acto de investigación.

8.2 El agente encubierto y el agente especial

El CPP 2004 regula la figura del agente encubierto y el agente especial. El primero, que es el más conocido, es un policía preparado y especializado en la lucha contra el crimen organizado que con habilidad se introduce dentro de dicha organización para proporcionar pruebas al fiscal investigador; el segundo es un ciudadano que, por su situación, rol o actividad realizados dentro del grupo criminal, está en la posibilidad de proporcionar evidencias inculpativas del delito. El principal presupuesto para decidir este acto de investigación es que se trate de una investigación preliminar contra el crimen organizado (Ley N.º 30077), trata de personas y delitos contra la Administración pública (arts. 382-401 del CP). De tal manera que el fiscal podrá autorizar a la policía para actuar con identidad supuesta por un plazo de 6 meses, prorrogables, con el fin de conocer datos relevantes de dicha organización delictiva, que permitan alcanzar los fines de la investigación.

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

En el caso que los agentes encubiertos cometan algún delito, en virtud de su condición, su conducta podrá ser típica, pero no es antijurídica (ya que el ordenamiento jurídico la considera como legítima), por lo cual se encuentran exentos de responsabilidad penal, siempre que guarden la debida proporcionalidad y no constituyan una manifiesta provocación al delito (art. 341.6).

8.3 Operaciones Encubiertas

En agosto de 2013, mediante Ley 30077, se incorpora el artículo 341-A (operaciones encubiertas), artículo que posteriormente fue modificado en diciembre de 2016 por el Decreto Legislativo N.º 1307, en virtud del cual: “Cuando en las Diligencias Preliminares se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, de la trata de personas y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice *operaciones encubiertas* sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos”.

En estos casos, según la ley, el Fiscal, para lograr los fines de la investigación, podrá a) crear personas jurídicas ficticias y b) modificar otras ya existentes; así como autorizar la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado; dicha autorización será inscrita en un registro especial bajo los parámetros legales señalados para el agente encubierto.

La norma establece que, por razones de seguridad, las actuaciones correspondientes no formarán parte del expediente del proceso respectivo sino que formarán un cuaderno secreto al que solo tendrán acceso los jueces y fiscales competentes. Se requerirá confirmatoria judicial al juez competente, siendo esta resolución apelable.

9. PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

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

Conforme a la regulación procesal, el plazo de la investigación preparatoria es de ciento veinte (120) días naturales. Si existiera causa justificada el fiscal puede ampliar el plazo por única vez hasta un máximo de sesenta (60) días naturales. En este caso se requiere disposición motivada y se deben señalar las diligencias que van a realizarse. El plazo no difiere mucho con respecto al Código anterior, lo que no significa que necesariamente tenga que agotarse el término para dar por culminada esta fase preparatoria, basta que esta etapa haya cumplido con su finalidad.

También se contempla la posibilidad de extender el plazo hasta por ocho meses más, cuando se trata de *casos complejos*. El caso es complejo en atención a la cantidad significativa de actos de investigación, por el número de delitos o el número importante de imputados o agraviados, esto es, si se investiga a organizaciones delictivas, si se trata de pericias complejas (pericias de nutrida documentación o complicados análisis técnicos), si comprende diligencias en el extranjero, o la investigación de personas jurídicas o entidades estatales (art. 342.3). En el caso específico de una investigación de delitos cometidos 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 36 meses (Ley N.º 30077). Corresponde al juez de la investigación preparatoria conceder la ampliación del plazo a solicitud del fiscal.

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

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

Para esta diligencia, el juez citará al fiscal y a las partes para analizar la documentación existente en la carpeta fiscal y, a su vez, para escucharlas. Los efectos procesales inmediatos son los siguientes:

- a) Si el juez considera que no se ha vencido el plazo, dispondrá la continuación de la investigación preparatoria.
- b) Si el juez considera que ya se ha vencido el plazo, ordenará la conclusión de la investigación y concederá al fiscal un plazo de 10 días para que emita pronunciamiento sobre el fondo del caso, es decir, formulará el requerimiento de sobreseimiento o de acusación.
- c) En este último caso, la ley prevé la posibilidad de sanción disciplinaria si el fiscal no cumple lo dispuesto por el juez, la misma que se canalizará por las normas internas del Ministerio Público (art. 343.3).

10. LA RESERVA Y EL SECRETO DE LAS INVESTIGACIONES

El sistema de corte acusatorio del proceso penal mantiene las características propias del esquema mixto. En dicho correlato, la investigación fiscal se rige por el principio de reserva, lo que significa la ausencia de publicidad de los actos de investigación para que no se afecten sus objetivos (establecer los hechos y la participación delictiva) con acciones de obstaculización, adulteración, ocultamiento o pérdida de pruebas, y también para resguardar el estado de inocencia de la persona investigada. A la vez, se busca proteger los intereses de la víctima, su honor y la afectación que le puede generar el conocimiento público de los hechos sufridos.

Esta reserva significa la prohibición del conocimiento público del contenido de la investigación, lo que no impide a las partes acreditadas a saber del desarrollo de la misma, pero están obligados a mantener dicha reserva bajo responsabilidad disciplinaria. El art. 324.1 establece que “solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa a través de sus abogados debidamente

acreditados en autos”. Lo que necesariamente se custodia son los aspectos relevantes o detalles importantes de una investigación; por ello, la noticia pública y genérica del caso no es materia de control. En aquellos casos de interés público y que generan alarma social, es posible una comunicación formal sobre aspectos generales pero sin entrar en detalles. Ello impide las especulaciones que son frecuentes en este tipo de casos y limitar el derecho que tiene la sociedad de conocer el avance de tales investigaciones.

El fiscal también puede disponer el secreto de las investigaciones. El texto normativo emplea una fórmula no muy específica, pues hace referencia a “alguna actividad o documento” de la investigación preparatoria, “cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación”. En tal sentido, la decisión fiscal comprende a las partes procesales, y prevé una duración no mayor a 20 días. De este modo, se requiere autorización judicial para una prórroga igual. Como se trata de una medida que restringe el derecho a conocer el desarrollo de la investigación, la disposición fiscal debe estar suficientemente motivada y la prórroga judicial la excepción.

Pero, además de la disposición que comentamos, el art. 68.3 establece que el fiscal “decretará, de ser el caso, el secreto de las investigaciones por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas”. La referencia es al secreto de las investigaciones preliminares, disposición que puede ser discutible, pero que es frecuente en las investigaciones de casos complejos.

Capítulo III

LA ETAPA INTERMEDIA

1. NATURALEZA JURÍDICA

La fase intermedia constituye una fase ya reconocida por nuestra doctrina⁽⁸⁵⁾ y el derecho comparado, que aparece expresamente en el CPP 2004. Se trata del espacio procesal adecuado, dirigido por el juez de la investigación preparatoria, para preparar el paso a la siguiente fase de juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso. Así, se pueden plantear algunas incidencias, como es el caso de las excepciones –si no hubieran sido deducidas antes– o realizar algunas diligencias como puede ser la –prueba anticipada. Manuel ORTELLS RAMOS, aunque considera que la fase intermedia carece de contenido determinado, señala que es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral⁽⁸⁶⁾.

Como se podrá apreciar de la simple lectura de los artículos 344 y siguientes, se trata de una etapa de apreciación y análisis de la actividad desplegada en la etapa de investigación preparatoria para la acusación o el sobreseimiento, en que se plantean mecanismos de defensa contra

⁽⁸⁵⁾ Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 539 y ss.

⁽⁸⁶⁾ ORTELLS RAMOS, Manuel, *El proceso penal abreviado* (nuevo estudio) Editorial Comares, Granada, 1997, p. 120.

la acción penal y también, para que se analicen los elementos probatorios que sustentan las pretensiones de las partes. En este sentido, toda la actividad realizada en las etapas anteriores debe ser sometida a los filtros necesarios de legalidad y pertinencia, principalmente, para su admisión a juicio.

Esta etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria (art. 343) hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento (art. 353) o cuando el juez resuelve el sobreseimiento del proceso (art. 347)⁽⁸⁷⁾. Según la norma procesal, una vez concluida la investigación preparatoria, el fiscal decidirá en el plazo de 15 días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. En casos complejos y de criminalidad organizada, el fiscal decide en el plazo de 30 días, bajo responsabilidad.

Los puntos a analizar, en la etapa intermedia, son los siguientes:

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

2. EL SOBRESEIMIENTO Y SU AUDIENCIA DE CONTROL

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

GÓMEZ COLOMER señala que el proceso penal puede terminar sin necesidad de celebrar el juicio. Agrega que “(...) el sobreseimiento es

⁽⁸⁷⁾ Véase PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La Etapa Intermedia en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Actualidad Jurídica*, N.º 157, pp. 133-140. Del mismo autor, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima, 2006.

la resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluido el procedimiento preliminar, y antes de abrirse el juicio oral, con efectos de cosa juzgada, por no ser posible una acusación fundada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, bien, finalmente, por no ser responsable criminalmente quien hasta ese momento aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados⁽⁸⁸⁾.

Como ya lo hemos anotado, el art. 344 de la ley procesal establece que el fiscal podrá *requerir* el sobreseimiento ante el juez de la investigación preparatoria, dentro de los 15 días de culminada la fase anterior; y en casos complejos y de crimen organizado el plazo es de 30 días. Dicho sobreseimiento procede cuando se evidencia lo siguiente: a) el hecho denunciado no se realizó o no se le puede atribuir al imputado; b) el hecho no es típico; c) existe una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; d) la acción se ha extinguido; y e) cuando no existan elementos probatorios que sustenten la acusación.

El requerimiento de sobreseimiento que hace el fiscal al juez de la investigación preparatoria será acompañado del expediente principal y la autoridad judicial correrá traslado a las partes acreditadas por el plazo de diez 10 días, con la finalidad de que puedan formular *oposición* fundamentada bajo sanción de inadmisibilidad y con la posibilidad de pedir la realización de actos de investigación adicionales. Se señalará el objeto y de qué diligencias se trata (art. 345.2). Se entiende que la *oposición* al pedido de sobreseimiento, básicamente, será realizada por la parte civil; así como la solicitud de actos de investigación adicionales.

Una vez vencido el plazo común de traslado de 10 días, el juez dictará resolución, dentro de los tres días siguientes, citando al Ministerio Público y a las demás partes del proceso, a la audiencia preliminar (de control de sobreseimiento), a quienes escuchará. Luego procederá al debate, si lo hubiere. Esta audiencia tiene el carácter de *inaplazable*. Ahora bien, entre el requerimiento de sobreseimiento y la

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

audiencia que resuelve lo pertinente, no puede transcurrir más de 30 días, y en casos complejos y de criminalidad organizada no se podrá exceder de 60 días, bajo responsabilidad.

Si el juez, luego de haber escuchado a las partes en la audiencia de control, está de acuerdo con el requerimiento fiscal dictará el auto de sobreseimiento; si no estuviera de acuerdo, el juez, dentro del ámbito del control de legalidad y de garantías de esta etapa procesal, dictará auto expresando su desacuerdo y elevando lo actuado al fiscal superior para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial. En ese sentido, se mantiene la discrepancia y elevación en *consulta* a la autoridad fiscal superior para que emita pronunciamiento definitivo sobre la continuación o no de la persecución penal. Dicha resolución judicial –auto dice la ley– debe ser motivada, es decir, el juez deberá analizar lo actuado y exponer las razones por las cuales no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento que hace el fiscal provincial⁽⁸⁹⁾. El plazo para que el juez emita su pronunciamiento es de 15 días; y en casos complejos y de crimen organizado, será de 30.

El fiscal superior –cuando el juez no haya estado de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal provincial– emitirá pronunciamiento dentro de diez (10) días, y dará por terminado el procedimiento. Si ratifica el pedido de sobreseimiento el juez de la investigación preparatoria inmediatamente “y *sin trámite alguno*” dictará auto de sobreseimiento. Si el superior no está de acuerdo con el requerimiento fiscal, ordenará a otro fiscal a que formule acusación (art. 346.4). Esta decisión del legislador es saludable, pues ordenar al fiscal –que procesó el sobreseimiento– a que formule la acusación, afecta su posición jurídica en el juicio y lo debilita en el debate contradictorio.

Cabe señalar que el art. 346.5 establece que si el juez considera admisible la oposición de la parte agraviada en la necesidad de actos adicionales de investigación, el juez, sin expresar desacuerdo con

⁽⁸⁹⁾ A diferencia de la legislación anterior, en la consulta por discrepancia, el juez debe de exponer los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios para que sean estudiados por el fiscal superior, debido a que no sería el juez del juicio.

la solicitud de sobreseimiento, puede disponer la ampliación de la investigación “indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar”, lo que denomina “*investigación suplementaria*”. Cumplido dicho trámite no procederá oposición ni dispondrá la concesión de un nuevo plazo de investigación.

El *auto de sobreseimiento* constituye entonces la resolución que da por culminado el proceso penal de manera definitiva, cuyo efecto inmediato es el archivo del proceso y la cesación de las medidas de coerción impuestas por la autoridad jurisdiccional. Dicha resolución es dictada por el juez de la investigación preparatoria y contiene una serie de requisitos: datos del imputado, exposición del hecho objeto de la investigación, fundamentos de hecho y de derecho, la indicación expresa de los efectos de la resolución, entre otros, contenidos en el artículo 347 del CPP 2004.

Como se ha dicho, el sobreseimiento importa el archivo definitivo del proceso respecto del imputado y adquiere la calidad de cosa juzgada. Esta resolución puede ser objeto de impugnación, pero ello no impide la inmediata libertad del imputado si se encontrara en la cárcel.

Por otro lado, el Código distingue dos clases de sobreseimiento: *total* o *parcial*. El primero comprende a todos los delitos materia del proceso y a todos los imputados; el segundo, cuando solo comprende a un delito o a algún imputado, en el caso de ser varios. En este supuesto continuará el proceso contra los restantes imputados o los otros delitos. El legislador también ha previsto la situación de requerimiento fiscal acusatorio y no acusatorio, por lo que este último debe resolverse en primer orden (art. 348.3).

3. LA ACUSACIÓN FISCAL

La acusación fiscal o requerimiento acusatorio constituye uno de los actos procesales propios del Ministerio Público, en donde ejerce a plenitud su función acusadora. Se formulan, ante el órgano jurisdiccional, los cargos de incriminación contra persona determinada y se propone la pena y la reparación civil. Este órgano (Ministerio Público) se convierte

en parte en sentido estricto. Desde aquel momento, tanto el órgano jurisdiccional como las demás partes procesales, conocen qué es lo que opina el acusador sobre los hechos punibles que se han cometido, en que extensión, con que elementos de convicción sustenta tal opinión, y qué consecuencias jurídicas-penales y civiles pretende. Evidentemente, el acusado tiene perfectamente definidos los límites de la imputación con base en los cuales va a tener que plantear su defensa⁽⁹⁰⁾.

Dado el esquema del proceso penal, donde el fiscal decide el inicio de las investigaciones y no existe autorización del juez para las mismas, la acusación fiscal escrita aparece como la primera petición fiscal para pasar a la fase de juzgamiento y, desde luego, es la forma procesal de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de que imparta justicia, es decir, con tal decisión fiscal se pone de manifiesto, a plenitud, el ejercicio público de la acción penal. Un importante desarrollo jurisprudencial sobre este tema lo encontramos en el Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116; así como en la Casación N.º 760-2016/ La Libertad, que fija doctrina jurisprudencial al respecto.

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

3.1 Contenido de la acusación fiscal

Son las siguientes:

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

⁽⁹⁰⁾ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, y otros autores, *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 240.

el procesamiento de una persona que ha manifestado dos o más identidades. Con la modificatoria introducida mediante Decreto Legislativo N.º 1307, publicado en diciembre de 2016, se precisa que estos datos de identidad del acusado deben ser consignados de conformidad con lo previsto en el art. 88.1 del CPP 2014, esto es: “Nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, principales sitios de residencia anterior, así como nombres y apellidos de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive”.

- b) *La relación clara de los hechos.* Se detallan las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, que luego sirvan para su calificación. Se deben separar los hechos si fueran varios, así como la mención de las personas acusadas. Se exige que en el requerimiento acusatorio, la exposición de los hechos sea narrada con la mayor claridad posible. Así se indica lo sucedido en forma cronológica, el lugar, las circunstancias propias de la comisión del delito, la intervención de las personas involucradas, de la víctima, de los testigos, las armas u objetos utilizados. También, si fuere el caso, los hechos anteriores a la comisión del delito o los actos de preparación, así como la conducta asumida con posterioridad al mismo.

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

- c) *Los elementos de convicción (probatorios) que sustenten la acusación.* No es suficiente la mención de las pruebas que avalan su requerimiento, sino su análisis razonado, valorativo y concordante. El legislador ha considerado que para la sustentación del requerimiento de la acusación fiscal, se debe de contar

con elementos de convicción, es decir, que la existencia de tales elementos generen la convicción necesaria en el fiscal para solicitar el paso a la fase de juzgamiento, caso contrario, debería optar por el sobreseimiento. Ello importa un razonamiento coherente y lógico sobre la prueba, la intervención de las personas acusadas, las circunstancias que puedan modificar la situación jurídica de las mismas, etc. La mera relación de las pruebas y la ausencia del contenido importante de las mismas pueden generar que la acusación escrita no pase el control judicial o, haciéndolo, no logre una sentencia de condena. Naturalmente, si la prueba no abona a su favor, el fiscal no la mencionará.

Al respecto, la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, en su fundamento 24.C, dejó establecido que la llamada *sospecha suficiente* es la idónea para el requerimiento acusatorio y la emisión del auto de enjuiciamiento. Esta sería el “grado relativamente más sólido de la sospecha”, es decir, que en la evaluación provisoria del hecho, se exige, a partir de los elementos de convicción acopiados hasta el momento, una *probabilidad de condena* (juicio de probabilidad positivo), que esta sea más probable que una absolución. La referida sentencia plenaria anota: “Se exige, en aras de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción, que la imputación sea completa (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específica (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas), pero no exhaustivo (no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de acusación de elementos fácticos que obren en las actuaciones de la investigación preparatoria, y a los que la acusación se refiera con suficiente claridad) –estas exigencias son materiales, no formales, destinadas a que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de acusación– (conforme: STSE de 6 de

abril de 1995). Así, los hechos deben delimitarse y los elementos de convicción deben señalarse en la acusación; y, en lo atinente al delito de lavado de activos, debe mencionarse la actividad criminal precedente, en los ámbitos y conforme a las acotaciones ya anotadas, de la que proceden los activos cuestionados, sin perjuicio de enunciarse la concurrencia de los demás elementos del tipo penal (...).”

- d) *El grado de participación de los acusados.* Como ya se ha dicho, la acusación debe de precisar si el acusado lo es en calidad de autor, coautor o cómplice, o si guarda alguna de las características de la autoría mediata o instigación. Se debe realizar el análisis correspondiente, conforme a lo dispuesto en los artículos 23-27 del CP. Si son varias las personas acusadas, el fiscal deberá indicar qué categoría de participación tiene cada una de estas.
- e) *La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, si las hubiera.* Se trata de las circunstancias que prevé la ley penal referidas a la existencia de causas que atenúan la responsabilidad de los artículos 20 y 21 del CP, la responsabilidad restringida a que se refiere el artículo 22 del código sustantivo, en los supuestos de tentativa o en los casos de confesión sincera de los artículos 160 y 161 del Código.
- f) *La ley penal aplicable al hecho y su análisis jurídico penal.* Los hechos que el fiscal considera que están probados son los que dan lugar a la calificación jurídica. Ello significa que se deberá precisar el delito incurrido por el autor o partícipe analizando sus presupuestos típicos. Esta calificación penal es la que el fiscal ha de mantener durante la audiencia de control y el juicio oral, salvo en este último caso, donde se presentan posibilidades de variación. Así, en el caso de delito de robo agravado se deberán analizar los presupuestos del tipo previsto en los artículos 188 y 189 del CP, así como las circunstancias de agravación.
- g) *La propuesta de pena, las consecuencias accesorias y el monto de la reparación civil, que comprende además, los bienes embargados*

o incautados al acusado, al tercero civil y a la persona que deba recibirla. El Código exige al fiscal la propuesta de pena que debe ser impuesta al acusado. En tal sentido, se debe de “adelantar” a la pena a imponer por el juez en la sentencia. Esta proposición de sanción se hará sobre la base de los criterios que establecen los artículos 45, 46 y 46-A del Código Penal, es decir, el fiscal deberá seguir el sistema de tercios de determinación de la pena. Para ello se tomará en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados en la comisión del delito, la importancia de los deberes infringidos, el daño causado o la extensión del mismo, el peligro causado, la circunstancia de tiempo, lugar, modo y ocasión, los móviles, la unidad o pluralidad de los agentes, su edad, educación, situación económica y medio social, la reparación espontánea que hubiera hecho el imputado, la confesión sincera antes de haber sido descubierto. Además, se deberá considerar el nivel cultural, costumbres y carencias sociales del imputado, los intereses de la víctima o sus familiares. De la misma manera deberá proponerse el monto de la reparación civil a ser pagada por el procesado y el tercero civil, si hubiera, y a quien corresponde recibirla. Si hay actor civil, le corresponde a este concretar la pretensión y no al fiscal.

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

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

- h) *Los medios de prueba que ofrece para que se actúen en el juicio oral. Si ofrece testigos y peritos deberá indicar su nombre y domicilio, así como los puntos sobre los cuales deberá recaer su declaración.* Además de señalar las pruebas que sustentan la acusación fiscal, este deberá indicar cuáles de ellas se actuarán en el juicio oral, es decir, cuáles son las pruebas que la Fiscalía propone para que se debatan en el juicio. Las pruebas pueden ser testimoniales,

periciales, documentales, etc. En este caso, el fiscal cuidará que las pruebas que propone sean tan sólidas para alcanzar una sentencia de condena.

3.2 Características complementarias

Son las siguientes:

- a) La acusación debe sustentarse sobre la base de los hechos y las personas contenidos en la disposición que da inicio a la investigación preparatoria, pero puede realizarse una calificación jurídica distinta. Si fueren varios los acusados, se deberá señalar por cada uno los hechos que le corresponden. La calificación jurídica del delito se mantiene durante la fase de investigación; sin embargo, esta podrá ser modificada y reconducida en la acusación escrita. Es decir, lo que empezó como robo simple puede modificarse a robo agravado, sin que ello signifique afectación alguna al derecho de defensa, pues precisamente existe la posibilidad del control de la acusación en la audiencia especial de la fase intermedia.
- b) El fiscal podrá formular su acusación con una calificación *alternativa* o *subsidiaria*, atendiendo a los hechos ocurridos que puedan merecer una debida precisión jurídica en el juicio oral. En tal sentido, por ejemplo, se podrá acusar por tentativa de violación sexual y, alternativamente, por actos contrarios al pudor. Esta posibilidad debe ser excepcional, pues se entiende que el fiscal, luego de la investigación, estará en condiciones de poder realizar una calificación certera de los hechos. Es decir, en los casos donde las posibilidades de calificación afecten a dos o más figuras delictivas y no sea del caso precisar cuál de ellas es la debida, se acudirá a la calificación alternativa o a la subsidiaria.
- c) En la acusación se deberán indicar las medidas de coerción impuestas durante la investigación. También podrá pedir su variación o que se impongan nuevas. Si bien el juez de la investigación preparatoria decide las medidas de coerción, el fiscal también tiene el conocimiento de las mismas y ejerce el

control. De tal manera que deberá indicar las medidas coercitivas impuestas y la situación actual del imputado. En la misma línea de actuación persecuidora del delito, en la acusación, el fiscal podrá solicitar al juez la variación de la medida sustentando debidamente su pedido.

3.3 Esquema formal de la acusación escrita o el requerimiento de acusación

El Requerimiento Acusatorio o la acusación escrita podrá tener los siguientes criterios de estructura:

- a) El documento se dirige al juez de la investigación preparatoria. Los datos del fiscal que lo formula, domicilio legal, así como el amparo legal que permite el artículo 349 y siguientes del CPP 2004 para sustentar la acusación por el delito que corresponda.
- b) Nombre y demás datos de identidad de la persona acusada.
- c) La descripción de los hechos que dieron lugar a la investigación, las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores al hecho.
- d) Los elementos de convicción que sustentan el requerimiento acusatorio.
- e) El grado de participación delictiva.
- f) La acusación, calificación jurídica de los hechos. La pena y reparación civil que se propone.
- g) La relación de los medios de prueba que se propone para el juicio oral: testimoniales, periciales, documentales.
- h) La medida de coerción impuesta al procesado. En el mismo escrito puede hacer propuesta de una nueva medida coercitiva.
- i) Fecha.

3.4 Trámite del requerimiento acusatorio

La acusación fiscal o *requerimiento acusatorio* se remitirá al juez de la investigación preparatoria, quien pondrá el contenido de la acusación

en conocimiento de las partes. Las partes, a su vez, tendrán un plazo común de diez (10) días para lo que sigue:

- a) Observar la acusación por defectos formales, que puede consistir en la precisión de un dato sobre los hechos o pruebas, o sobre el nombre o domicilio del imputado o agraviado. La idea central es que dicha observación se levante haciendo el fiscal las modificaciones o precisiones respectivas, las mismas que se pueden hacer por escrito o en la audiencia de control de la acusación.
- b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, siempre que no se hayan planteado antes. En estos casos, el defensor del acusado tendrá la posibilidad de argumentar algún medio técnico de defensa (excepciones, cuestiones previas u otros) que no se hubiere interpuesto antes. Dado el estado del proceso solo podrían deducirse cuestiones técnicas para resolverse sin mayor diligencia en la audiencia de control. Para la presentación de estos medios de defensa se exigen los mismos requisitos que la ley ya establece.
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción. Esta posibilidad siempre está presente, sea desde el punto de vista del imputado o su defensor, como de la parte civil y también del fiscal, la que viene aprovechada por la realización de la audiencia preliminar ante el juez de la investigación preparatoria. En todos los casos se debe de sustentar el pedido y ser sometido a la opinión de las partes asistentes a la audiencia.
- d) Solicitar la actuación de prueba anticipada. Como sabemos, la prueba anticipada es aquella que se realiza antes del juicio oral al existir circunstancias que impiden que el órgano de prueba (testigo o perito) pueda concurrir a la sede judicial para la deposición de sus conocimientos en el juicio oral, por lo que se debe realizar con intervención de los sujetos procesales y con todas las garantías de ley. La prueba anticipada la solicita el fiscal o cualquiera de las partes que tenga interés y justifique su realización.

- e) Solicitar el sobreseimiento. Se trata de un planteamiento que hace la parte procesada directamente al juez antes de la audiencia de control de la acusación y que, además, la sustenta durante la misma. El defensor también puede plantearla durante la audiencia de control de la acusación. El pedido debe ser expreso y fundamentado incidiendo sobre los cargos de incriminación y las pruebas existentes valoradas por el fiscal. Tal planteamiento exige el pronunciamiento –en la audiencia– del juez de la investigación preparatoria a cargo de la fase intermedia. De tal manera, que el CPP 2004, a diferencia del anterior, permite que, aun cuando exista acusación escrita, el juez pueda sobreseer el proceso y archivar lo actuado.
- f) Solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad. La norma procesal expresa “instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad” (art. 350.1.e). La aplicación de criterios de oportunidad se encuentra presente, en distintas formas y momentos, en todo el proceso penal ordinario y en algunos procesos especiales. La alusión a *un criterio de oportunidad* puede llevarnos a concluir que se refiere necesariamente a los supuestos previstos en el numeral 2º del CPP 2004; sin embargo, el apartado 7 del art. 2º señala expresamente, que se aplicará el principio de oportunidad *hasta antes de formularse la acusación*, lo que cierra el paso a la posibilidad de acuerdos de las partes ante el fiscal, y deja solo el caso de acuerdo notarial para determinados delitos, a lo cual se refiere el último párrafo del referido artículo⁽⁹¹⁾. Ello significa que el juez podrá sobreseer el proceso pese a la existencia de la acusación fiscal cuando se presente un acuerdo notarial. Tratándose del pedido de terminación anticipada, entendido como criterio de oportunidad, el tema resultaría difícil de aceptar por su

⁽⁹¹⁾ La parte imputada podrá presentar un acuerdo notarial suscrito con el agraviado a fin de que el juez pueda, aplicando el principio de oportunidad, sobreseer el proceso, pero solo para los casos de los delitos sujetos a acuerdo reparatorio del art. 2.6, según lo dispuesto por el art. 2.7 último párrafo.

naturaleza jurídica, pues se trata de un proceso especial con beneficios premiales de reducción de pena para evitar el avance del procedimiento y la necesidad de entablar mecanismos propios de *negociación* entre las partes con el fin de alcanzar una fórmula de acuerdo⁽⁹²⁾.

- g) Ofrecer pruebas para el juicio oral. Tratándose de peritos y testigos, deberá indicar sus datos de identidad y domicilio, así como los hechos sobre los cuales deba declarar. Es del caso destacar que cada una de las partes ofrecerá sus órganos de prueba, sea de cargo como de descargo, en virtud de lo cual se deberá indicar el punto central de su declaración para establecer su utilidad y pertinencia. En otras palabras, rige el principio de comunidad de la prueba. Pero, además, se exige a cada una de las partes preocuparse por la concurrencia de sus testigos o peritos a la sede de juzgamiento. Es más, se posibilita la entrevista previa con aquellos, sin que ello implique la posibilidad de influir de alguna manera en el contenido de su declaración.
- h) Objetar la reparación civil o pedir su incremento, con ofrecimiento de medios de prueba. El imputado puede cuestionar el monto de la reparación civil solicitada por el fiscal o el actor civil, fundamentando su pedido en cuestiones de orden económico (insolvencia, reducida remuneración, cargas familiares) o de daño causado (reducido o extensión del daño, delito de peligro abstracto, reparación parcial del daño).

⁽⁹²⁾ La terminación anticipada del proceso se encuentra regulada en el artículo 468 y siguientes. del código. Es necesario tener en cuenta que nos encontramos ante un proceso especial de abreviación del procedimiento con efecto premial, que se materializa en cuaderno aparte, en donde se debe proceder a conversaciones preliminares sobre la aceptación de cargos, la pena (incluyendo la reducción de la misma por acogimiento al proceso y por confesión sincera) y la reparación civil –lo que importa toda una fórmula de “negociación” entre las partes y el fiscal–. Se pretende que su petición se haga en el curso de la investigación preparatoria para evitar el trámite innecesario del proceso. Por ello, la misma norma precisa que procederá *hasta antes de formularse acusación fiscal*. Existiendo la acusación escrita, se haría muy dificultosa la *negociación*.

- i) Plantear cualquier otra cuestión para el juicio oral. Lo que posibilita a la parte introducir a la audiencia de control cualquier otra incidencia no prevista expresamente en la ley para ser discutida o resuelta en juicio (filiación, alimentos, bienes, por ejemplo), la misma que deberá ser admitida o no por el juez.
- j) La parte acusada o la parte civil podrán proponer al juez de la investigación que dirige la audiencia, los hechos en los cuales no hay discusión, es decir, en los hechos que aceptan. De ser ello así, el juez valorará dicho pedido y podrá autorizar tal acuerdo, lo que permitirá obviar su actuación probatoria en el juicio. El juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; empero, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

El Código establece el plazo de 10 días para que la acusación sea notificada a los demás sujetos procesales. Entendemos que dicho plazo de diez días para hacer las propuestas es perentorio; por lo tanto, vencido este, cualquier pedido resultará extemporáneo, de manera que debe proseguir con el procedimiento según su estado. Naturalmente, si se admite alguno de los planteamientos que hemos analizado, es para que se realice durante la audiencia de control disponiendo el juez del tiempo realmente necesario para la actuación de las diligencias pertinentes. Entonces, el plazo a que alude la ley es solo para el *pedido* que haga la parte.

4. LA AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONTROL DE ACUSACIÓN Y DECISIONES ADOPTADAS

En su momento, representó una novedad en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, puesto que no existía antecedente alguno. Es la audiencia judicial por la cual se realiza el control jurídico del requerimiento acusatorio fiscal, con la intervención de las partes, en una diligencia dirigida por el juez de la investigación preparatoria, cuya decisión resulta de singular importancia, pues determinará el paso a la fase siguiente del proceso que es el juzgamiento.

La comisión redactora del CPP 2004 consideró que se debía de dejar de lado el esquema anterior, por el cual formulada la acusación escrita, necesariamente se pasaba a la fase de juzgamiento, para generar un espacio de análisis y de debate sobre el contenido de la acusación por el fondo y por la forma. Se trata en esencia de la posibilidad que tiene la defensa de cuestionar los términos de la acusación antes de ir a juicio, de modo que puede incluso, evitarlo solicitando el sobreseimiento del proceso; caso contrario, deberá elaborar su estrategia para el juicio oral.

Esta audiencia deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días, ni mayor de veinte, de presentados los escritos de las partes o cumplido el plazo de 10 días de notificado el requerimiento acusatorio. Así presenta las siguientes características:

- a) Se trata de una audiencia dinámica con intervención oral de las partes asistentes (presencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor del acusado) bajo la dirección del juez de la investigación preparatoria.
- b) El fiscal da inicio a la diligencia y expone oralmente la acusación, los hechos incriminados, así como los elementos probatorios que lo sustenten, las pruebas a actuarse en el juicio oral, la pena y la reparación civil. No se trata de la lectura de la acusación escrita sino de la exposición oral de los aspectos más importantes de la misma.
- c) Seguidamente el juez cederá el uso de la palabra al defensor del acusado a fin de que exprese lo que convenga a su defensa. Es de esperarse que el defensor refute los argumentos del fiscal y, de ser el caso, solicite el sobreseimiento del proceso, fundamentándolo; en caso de que ello no fuera posible, presentará sus argumentos para disminuir la fuerza probatoria del fiscal y ofrecerá la actuación de pruebas que le favorezcan o que disminuyan la responsabilidad de su patrocinado en el juicio.
- d) Como se trata de una audiencia contradictoria, luego de oír al defensor, el juez puede conceder nuevamente la palabra al fiscal a fin de que exponga lo conveniente e, igualmente,

procede con el defensor. Incluso, puede oír al imputado. El tiempo y la necesidad de exposición del fiscal y las partes son controlados por el juez.

- e) Terminado el debate, el juez dictará resolución. Si hubiere petición de sobreseimiento se pronunciará primero sobre ello.
- f) Todo lo actuado quedará grabado en video y audio o solo en audio.
- g) La audiencia es de carácter inaplazable

En esta audiencia se podrá actuar prueba anticipada y presentar documentos, pero no diligencias de investigación, tampoco se admitirán escritos. El juez escuchará al fiscal, a la defensa, al actor civil, al tercero civil si lo hubiere. Estos debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de las cuestiones planteadas. Se posibilita también que el fiscal modifique, aclare o integre su acusación. Si la audiencia es suspendida, la siguiente sesión deberá realizarse en un plazo no mayor a ocho días. Finalmente, entre el requerimiento acusatorio y la emisión del auto que lo resuelve no pueden transcurrir más de 40 días; y en casos complejos y de criminalidad organizada no podrá exceder de 90, bajo responsabilidad.

Finalizada la audiencia preliminar (control de acusación), el juez debe resolver las cuestiones planteadas. Incluso podrá dictarse el sobreseimiento del proceso si se establecen sus causales, sea de oficio o a pedido de las partes contrarias a la acusación. Empero, si por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, puede diferir la solución hasta por 48 horas improrrogables, en este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.

En caso que existieren defectos en la acusación, que requieran nuevo análisis del Ministerio Público, el juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por 5 días para que se corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos (como ya se anotado), el fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que correspondan, con intervención de los concurrentes.

Puede ser objeto de cuestionamiento que el juez, de oficio, observe los términos de la acusación, pues se superpondría a la posición del defensor del acusado. Además, si hubiera intervenido en la investigación preparatoria, de alguna manera habría conocido del caso y, por lo tanto, impedido de pronunciarse sobre el fondo. Por ello, se ha creado un juez distinto para el juicio. No obstante, debe entenderse que la postura judicial en esta fase es la de control de la acusación y, ciertamente, si el juez observa que la acción se ha extinguido por prescripción, cosa juzgada u otra causal, que existe causa de justificación o inculpabilidad o no punibilidad, o que el hecho es claramente atípico, entre otros, resolverá el sobreseimiento pero *“siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba”* (art. 352. 4). En consecuencia, esta posibilidad de sobreseimiento de oficio es excepcional y sujeta a reglas bajo el principio de control judicial.

Se puede sostener entonces que es posible cuestionar la acusación por la forma y por el fondo en esta fase intermedia y lograr incluso el sobreseimiento del proceso, mecanismo procesal garantista que conforme a la legislación anterior no se podía realizar. En esencia, el *control de la acusación* a cargo del juez aparece como un mecanismo de filtro para la realización del juicio oral.

5. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

El auto de enjuiciamiento supone el paso de la etapa intermedia a la fase de juzgamiento o juicio oral. Se trata de la resolución que dicta el juez de la investigación preparatoria, por la cual se dan por culminadas las diligencias de dicha fase y, ciertamente, paso el control correspondiente con la aprobación de las pruebas que deben de actuarse en el juicio oral.

El auto de enjuiciamiento debe de contener, dice la ley, *bajo sanción de nulidad*:

- a) El nombre del acusado y agraviado.

- b) El delito materia de la acusación fiscal con indicación expresa del artículo correspondiente, e incluso de la tipificación alternativa o subsidiaria.
- c) Los medios de prueba admitidos o el consenso que exista al respecto.
- d) La indicación de las partes constituidas en el proceso.
- e) La orden de remisión al juez encargado del juicio oral.

Además, el juez puede pronunciarse sobre las medidas coercitivas existentes o las que se promuevan. Al mismo tiempo, puede modificarlas e incluso ordenar la libertad del acusado. En estos casos tomará la decisión a pedido de las partes o de oficio. Finalmente, este auto de enjuiciamiento deberá ser notificado al fiscal y a los otros sujetos procesales. Para ello, se tendrá como válido el último domicilio señalado por las partes en la audiencia preliminar. Dentro de las 48 horas siguientes se hará llegar al juez penal del juicio la resolución, lo actuado, la documentación pertinente y los objetos incautados. También se pondrá a su disposición los documentos y los objetos incautados, así como las personas detenidas preventivamente.

6. AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

Recibidas las actuaciones por el juzgado penal competente del juez de investigación preparatoria, este dictará el auto de citación a juicio, e indicará la sede y fecha de realización del juicio oral. La a fecha será la más próxima posible, con un intervalo no menor de 10 días. El juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. En la citación se deberá identificar a quien se tendrá como defensor del acusado y se dispondrá todo lo necesario para el inicio regular del juicio.

Sobre la asistencia de los sujetos procesales e intervinientes, se tiene lo siguiente: a) el emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de incomparecencia injustificada; b) los testigos y peritos serán citados directamente para la sesión

que les corresponda intervenir; y, c) 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. Sobre este último punto, el Código no prevé que el Ministerio Público tenga la responsabilidad de la comparecencia de los órganos de prueba que ofrezca, por tanto, no dice que tenga el deber de notificarlos y trasladarlos a la sede donde rendirán su declaración. Su obligación es la de *coadyuvar* al órgano jurisdiccional a que ello se concrete.

La audiencia de instalación de juicio es inaplazable.

7. DURACIÓN DE LA ETAPA INTERMEDIA

Salvo los plazos perentorios para las observaciones del requerimiento acusatorio y de la oposición del pedido de sobreseimiento ya analizados, la nueva ley no señala un plazo para la realización de toda la etapa intermedia. Ello dependerá de las diligencias que se puedan actuar, de las audiencias de control de acusación o sobreseimiento, de la complejidad del caso, de los planteamientos que se puedan hacer sobre medios de defensa, de la prueba anticipada, si fuera el caso. Por lo tanto, el plazo será el necesario y dependerá de la dirección judicial con intervención de las partes, con observancia del principio del celeridad procesal.

Capítulo IV

LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

1. CONCEPTO

La fase de juzgamiento está constituida por los actos preparatorios y la realización del juicio oral. Culmina con la expedición de la sentencia sobre el proceso penal. La parte central es el juicio oral, espacio procesal donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias debaten sobre la prueba en busca de convencer al juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

El juicio oral es la actividad procesal dirigida por el órgano jurisdiccional, de naturaleza dinámica, preordenada por la ley, con intervención de todos los sujetos procesales y que tiene por objetivo específico el análisis de la prueba actuada y debatida en la audiencia de acuerdo a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción principalmente. Culmina con la expedición de la sentencia o resolución definitiva correspondiente⁽⁹³⁾. Como señala RAMOS MÉNDEZ, en esta fase públicamente y con contradicción se juzgan las conductas presuntamente delictivas y se decide sobre la absolución o la condena de las personas sometidas a juicio⁽⁹⁴⁾.

(93) Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 566 y ss.

(94) RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta lectura constitucional, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 24.

Conforme al CPP 2004, esta fase se inicia con el *auto de citación a juicio* (art. 355) que es la resolución judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor a diez días. El juez del juicio llamado juez penal sea unipersonal o colegiado en el proceso ordinario (o Sala Penal Superior en el proceso especial) estará a cargo de su dirección y responsabilidad. Se encargará de notificar a todas las personas que deben concurrir al juicio (sin perjuicio que las partes coadyuven en la concurrencia de sus testigos o peritos), la designación del abogado defensor del acusado y cuidará de disponer lo necesario para la realización del juicio. También serán citados los testigos y peritos. Esta audiencia de instalación de juicio oral tiene carácter de inaplazable.

2. PRINCIPIOS RECTORES

El juicio oral constituye el momento procesal más importante y central del juzgamiento por la actividad probatoria que se desarrolla, su debate y valoración por el juzgador. De allí que sea imprescindible que este acto procesal se realice con observancia estricta a los principios que lo regulan y que vienen previstos en los pactos internacionales relativos a derechos fundamentales de la persona así como los previstos por nuestra Constitución y que, además, son los principios clásicos de esta etapa acusatoria, como la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción. A estos que el legislador ha querido agregar los principios de continuidad del juzgamiento, la concentración de los actos del juicio, la identidad física del juzgador y presencia obligatoria del acusado y su defensor (art. 355.2).

- 1) *Principio de oralidad.* Una de las características más sobresalientes de nuestro proceso penal es el predominio de la oralidad de sus diligencias, sobre todo del juicio. La oralidad significa que el juez o tribunal que dicte la sentencia en el proceso penal, tiene que condenar o absolver tomando como base los hechos y pruebas que se hayan practicado ante él en forma oral. De dicho principio se derivan los principios de inmediación, concentración, elasticidad y publicidad⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ GÓMEZ COLOMER, J., *El proceso penal español*, cit., p. 80.

Este principio exige una relación procesal mucho más directa y de respuesta inmediata, no solo entre las partes, sino también de la decisión judicial. Y ello se aprecia fundamentalmente en el juicio oral, pues se establece que la audiencia se realizará oralmente, pero todo lo dicho y actuado se documentará en acta, que contendrá un resumen o síntesis de lo actuado (art. 361). El acta será firmada solo por el juez y el secretario. Las partes podrán hacer las observaciones que estimen pertinentes, pero no registrarán su firma.

También se establece que todo pedido o cuestión que se formule en audiencia se hará oralmente, y se prohibirá la lectura de escritos que se presenten con dicho fin (art. 361.3). Por último, se admite la posibilidad del registro técnico de lo actuado en la audiencia (video-audio).

La oralidad no es *únicamente* la participación verbal de las partes en la audiencia afirmando o negando pretensiones, ni radica en los alegatos finales. La oralidad exige del fiscal y la defensa tres elementos muy importantes: a) se participa de la audiencia conociendo suficientemente del caso y con estrategia prevista, no se debe improvisar; b) se participa de la audiencia previendo las incidencias procesales que se puedan presentar y cómo responder; y c) se participa de la audiencia conociendo y utilizando debidamente las técnicas de intervención oral, siempre buscando formar la convicción jurídica en el juez de que su pretensión es la correcta.

- 2) *Principio de publicidad.* Este principio se sustenta en razones filosóficas, sociales y jurídicas que se afirman en la necesidad de que la ciudadanía conozca cómo los jueces imparten la justicia, lo que se logra al permitir su libre acceso a las sedes judiciales, especialmente en la fase del juzgamiento. Este principio tiene un marco constitucional y goza del reconocimiento de las normas internacionales relativas a las garantías judiciales. El juicio oral es público; sin embargo, se admite que la audiencia se realice total o parcialmente en privado: cuando se afecte el pudor, vida privada o integridad física del partícipe en el

juicio; cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional, los intereses de la justicia; cuando exista peligro de secreto particular, comercial o industrial; cuando la manifestación pública afecte el desarrollo normal del juicio; y cuando la ley lo disponga (art. 357.1).

El juicio reservado puede ser total o parcial. En este último caso, superado el motivo, se permitirá el reingreso del público (art. 357.3). Se establece que la sentencia siempre será pública, con excepción de aquella en la que por interés de menores de edad se disponga lo contrario.

Cabe señalar que la publicidad puede ser directa, cuando hay concurrencia del público a la sede judicial, e indirecta cuando la ciudadanía conoce del mismo a través de las distintas formas de comunicación; sin embargo, se establece que podrán ser restringidas las cámaras fotográficas, filmadoras u otros medios técnicos, cuando ello pueda afectar los intereses de la justicia y el derecho de las partes (art. 357.2.c).

Por último, es de precisar que tratándose de acusado funcionario público, la audiencia siempre será pública.

- 3) *Principio de contradicción.* Es manifestación del derecho de defensa, que se sustenta en la posibilidad de que las partes puedan sustentar en juicio sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba. Las pruebas se actúan y se debate en el juicio oral –salvo los casos de conformidad o allanamiento de la acusación fiscal– lo que hace que el juicio sea contradictorio, con posiciones opuestas. El elemento central radica en el debate oral sobre la prueba y las argumentaciones parciales y finales sobre esta para generar convicción en el juzgador con el objeto de que tome una decisión en la sentencia.
- 4) *Principio de inmediación.* Este principio exige un acercamiento entre el juez y los órganos de prueba, sea el acusado, agraviado o testigo. A través de los interrogatorios en la audiencia oral, le permiten conocer no solo de la personalidad del examinado,

sino también la forma de reacción frente a otras pruebas, de tal manera que la autoridad judicial conoce de algo más de lo que se ha dicho en el juicio. La inmediación también se manifiesta cuando el juzgador aprecia directamente las pruebas materiales o instrumentales (objetos, armas, instrumentos, etc.). El juez del juicio debe ser el mismo que conoce de la prueba de manera directa.

- 5) *Principio de continuidad.* Que se evidencia en la posibilidad de que la audiencia oral se inicie y se siga en *sesiones continuas e ininterrumpidas* hasta su conclusión. La misma ley establece que si no fuera posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión (art. 360.1). Se pretende que un caso se inicie y termine antes de iniciar otro, a fin de evitar dilaciones y pérdida de concentración. De allí que se señale que entre las sesiones o dentro del plazo de suspensión no podrán realizarse otros juicios; sin embargo, el legislador dejó abierta la posibilidad de que se atenderán otros juicios, cuando luego de establecer la prohibición señala “siempre que las características de la nueva causa lo permitan” (art. 360.5). Se atiende también al principio de *concentración* que debe merecer un caso que se debate en el juicio oral, ya que el juez debe estar en condiciones de recordar lo que se ha debatido en el juicio. Aunque la práctica evidencia que es muy difícil cumplir con este principio.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Son las siguientes características:

- a) El juicio oral está bajo la dirección del juez penal o presidente del juzgado colegiado (o de alguno de sus integrantes), a quien le corresponde toda la organización y responsabilidad del caso; asimismo, debe de garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa. La dirección del juicio incluso posibilita la labor docente del juez a las partes y al acusado respecto a

los derechos y garantías existentes, así como la mención a las diligencias que son propias de dicha etapa.

- b) En esta fase se manifiesta a plenitud el *principio acusatorio* que exige atribuir la acusación de una parte frente a otras. De ahí el binomio partes acusadoras y partes acusadas, que polariza la encarnación del principio contradictorio y en donde el acusado asume el protagonismo casi absoluto⁽⁹⁶⁾.
- c) El juez controla la intervención de las partes, incluso puede limitar el uso de la palabra fijando límites igualitarios en casos complejos o interrumpir su ejercicio si hace “*uso manifiestamente abusivo de su facultad*” (art. 363).
- d) El juicio oral será continuo. Se suspenderá en los casos previstos en el art. 360.2, esto es, en los casos enfermedad del juez, fiscal, imputado o defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y en los casos que ley lo señale (para constituirse fuera de la sede a recibir una testimonial, por ejemplo). No se podrá iniciar otro juicio mientras no se culmine con el primero (art. 360.5). Se pretende con ello que iniciada una audiencia continúe esta hasta su culminación. De esa manera, el juzgador se deberá avocar solo a un caso penal de manera concentrada y resolverá el mismo en el tiempo estrictamente necesario.
- e) Esta *suspensión* no puede exceder de 8 días hábiles. Si fuese mayor a dicho plazo, se producirá la *interrupción* del debate y se dejará sin efecto todo lo actuado durante el juicio.
- f) Las incidencias que se promuevan durante la audiencia se realizarán en un solo acto y serán resueltos por el juez inmediatamente después de escuchar a las partes (art. 362). Como se ha señalado antes, la oralidad prima en el juicio, por lo tanto, las alegaciones como las decisiones jurisdiccionales serán igualmente orales, dejándose constancia en acta.

⁽⁹⁶⁾ RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal*. Sexta Lectura Constitucional, cit., p. 63.

- g) Cabe resaltar que se amplían las facultades del juzgador en cuanto a su *poder disciplinario* en la audiencia. En efecto, el juez debe de mantener el orden en la sala de audiencias; puede disponer la expulsión de la persona, incluso, de algún sujeto procesal, que perturbe su desarrollo; podrá ordenar, además, la detención hasta por 24 horas a quien amenace o agreda al juez o a alguna de las partes o a sus abogados; o, de alguna manera, impida la continuación del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes (art. 364.1).
- h) Mediante el *poder discrecional*, el juez puede resolver cuestiones no regladas ni previstas en la ley procesal y que surjan en el juicio. De este modo, debería dictar resolución motivada. Ello permitirá al juzgador resolver incidencias o cuestiones (autorización para atención médica, justificar inasistencias de testigos o procesados, diligencia judicial, recepción de documento, por ejemplo) presentados en audiencia, lo que permitirá su mejor desarrollo (art. 364.5).

4. ACTOS PREVIOS E INICIALES DEL JUICIO ORAL

Para efecto de la realización del juicio oral es necesario preparar las condiciones propias para el debate (art. 367-370). En tal sentido, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Es necesaria la presencia del acusado. La audiencia no podrá realizarse sin la presencia de este; si no ha justificado su inasistencia, será declarado reo contumaz, y se ordenará su captura.
- b) La ley procesal establece que existiendo otros procesados presentes, se continuará con la audiencia; asimismo, si el acusado ausente o contumaz es capturado o se presenta voluntariamente antes del cierre de la actividad probatoria, se le incorporará a la audiencia. Visto lo cual se le harán conocer los cargos que se le atribuyen y se le informará concisamente de lo actuado hasta ese momento.

- c) El acusado va libre a juicio. En el caso de un acusado detenido será acompañado por la policía debido a la posibilidad de fuga o ejercicio de la violencia. El detenido comparecerá sin ligaduras ni prisiones.
- d) El lugar natural de la audiencia es la sede judicial, pero puede realizarse en todo o en parte, en el lugar donde se encuentre el procesado enfermo o en la sede judicial ubicada adyacente o dentro de los establecimientos penales.
- e) La audiencia solo podrá instalarse con la presencia del juez, el fiscal, el acusado y su defensor, principalmente, pues también pueden concurrir los demás sujetos procesales si se hubieran apersonado.

Se debe señalar que el juez tiene ante él en audiencia al lado izquierdo al acusado, quien se ubica junto con su defensor; y a la derecha, al fiscal y la parte civil. En la fecha señalada para la audiencia, con la presencia del juez, del acusado y de las partes se dará inicio al juicio para lo cual, siguiendo ya una costumbre judicial, el juez enunciará el número del proceso, la finalidad del juicio, el nombre del acusado, su situación jurídica, el delito y el nombre del agraviado. Naturalmente, la presencia de las partes así como los demás datos que se exigen, serán verificados por los auxiliares judiciales antes del inicio de la audiencia, pero será necesario que se acrediten ante el juez e indiquen su nombre y su condición de parte (fiscal, defensores, acusado). Cualquier información adicional puede ser objeto de las preguntas que formule el fiscal o el defensor.

Seguidamente, se le concederá la palabra al fiscal a fin que exponga, brevemente, los términos de la acusación: hechos, calificación jurídica y las pruebas que ha ofrecido y fueron admitidas; estos terminos son los que denominamos alegatos de apertura (donde se comunica la teoría del caso de la Fiscalía) el actor civil y el tercero civil harán lo propio; el abogado del acusado será el último en exponer sus argumentos de defensa y pruebas admitidas. Esta fase es importante pues permite la presentación del caso a cargo de las partes, lo que delimita los *argu-*

mentos iniciales sobre los hechos y sobre el derecho que las partes llevan al juicio y exponen ante el juzgador. Es la *teoría del caso* que plantean el fiscal y el defensor.

Además, el Código establece la obligación del juez a informar al acusado de sus derechos en el juicio y de su libertad para “manifestarse sobre la acusación” o de no declarar sobre los hechos. Resulta claro que la mención es sobre los derechos de defensa y la presunción de inocencia, de allí que el acusado pueda decidir por guardar silencio durante el juicio; sin embargo, también se prevé –y si este fuere el caso se lo hará saber el juez– que el procesado puede pedir al juzgador ser oído en cualquier momento de la audiencia.

Lo que sí resulta novedoso e importante, dada la forma procesal vigente es la referida al derecho del acusado en juicio para “comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia”, lo que amplía el derecho del acusado y lo ubica en el ámbito de una *defensa comunicativa inmediata* con el abogado que le asiste. Pero ello también va a generar al menos dos medidas inmediatas a cargo del juzgador: primero, ordenar la forma en que esta comunicación deba llevarse a cabo, dada la distribución y ubicación de los sujetos de la relación procesal en juicio, facilitando la comunicación cuando sea necesaria y sin perturbar el desarrollo de la audiencia, pero respetando su ubicación procesal; y segundo, en virtud del principio de igualdad procesal, conceder el mismo derecho a la parte agraviada constituida como actor civil en el juicio. Es necesario señalar que este modelo de juicio no es igual al que se realiza en sistemas jurídicos como el norteamericano, pero permite que el defensor se ubique al lado de su defendido.

Finalmente, sobre este tema, se establece que el derecho a la comunicación con el defensor concedido al acusado no se producirá cuando este preste su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen, lo que resulta coherente si se tiene en cuenta que el acusado debe de contestar de manera libre y espontánea, aun cuando haya concertado previamente con su defensor.

5. DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

5.1 La conclusión anticipada del Juicio Oral o Conformidad

Se trata de uno de los mecanismos de abreviación o simplificación del proceso que prevé la nueva legislación procesal por la cual se puede dar por culminado el juicio oral –y el proceso penal– si el acusado admite ser el responsable del delito y asume la pena y la reparación civil formulada en la acusación fiscal. El efecto inmediato es que no hay debate contradictorio y se dicta la sentencia conformada dentro de las 48 horas siguientes⁽⁹⁷⁾.

Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el art. 372 del nuevo Código Procesal, esta simplificación del juicio presenta determinadas características que pasamos a señalar:

- a) Corresponde al juez formular la pregunta de conformidad con el acusado, en el sentido de si está de acuerdo con los términos de la acusación, el delito imputado, el pedido de pena y de reparación civil que formula el fiscal. No habría impedimento para que el acusado o su defensor hicieran el pedido por escrito o de manera verbal al juez.
- b) Ante la pregunta del juez, el acusado, previa consulta con su defensor, podrá contestar afirmativamente, en cuyo caso el juez declarará la conclusión anticipada del juicio. Así no hay más diligencias y se dictará la sentencia dentro de las 48 horas siguientes, bajo sanción de nulidad del juicio.
- c) La ley posibilita que el acusado pueda conferenciar previamente con el fiscal a fin de llegar a un acuerdo sobre la pena. Ante esto, se podrá suspender la audiencia por breve término. Con ello se busca lograr determinada indulgencia en la pretensión punitiva del fiscal, lo que se hará conocer, si fuera el caso, en la

⁽⁹⁷⁾ Véase, en lo pertinente, el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, sobre nuevos alcances de la conclusión anticipada, de 18 de julio de 2008.

continuación de la audiencia. Según Ley N.º 30693, de junio de 2019, no procede reducción de pena para los delitos de Femicidio (108-B) y aquellos previstos en el libro Segundo, Título IV, capítulo I (153, 153-A al 153-J) y capítulos IX (violación a la libertad sexual), X (Proxenetismo) y XI (ofensas al pudor público).

- d) El procesado puede aceptar los hechos expuestos en la acusación, pero puede expresar su disconformidad con la pena y/o con la reparación civil, en cuyo caso el juez escuchará a las partes y si se mantiene la contradicción, delimitará el debate a uno o ambos extremos cuestionados, determinando la actuación probatoria.
- e) Si fueren varios los acusados y solo uno de ellos acepta esta conclusión anticipada, podrá resolverse en dicho extremo y continuarse con el juicio respecto de los demás.
- f) Como regla general, se acepta la conformidad en los términos del acuerdo; sin embargo, existe el *control de legalidad* que el juzgador debe hacer sobre el mismo. En tal sentido, si pese a la aceptación de cargos, el juez considera que el hecho no constituye delito o existe causa de eximente o atenuación de la responsabilidad penal, dictará la sentencia como corresponda. Resulta obvio que el juez tiene una *vinculación relativa* con el acuerdo a que lleguen las partes. El juez tampoco se encuentra vinculado de manera absoluta con el extremo del acuerdo sobre la reparación civil (art. 372.4). La vinculación absoluta, en el tema de conformidad, solo está referida a los hechos, al sustrato fáctico de la acusación fiscal.
- g) Debe señalarse que se trata de otro de los criterios de oportunidad que regula el Código en el ámbito del *derecho penal premial*, precisamente, para evitar el juicio oral; de allí que se establezca la llamada *sentencia de conformidad* al inicio de la audiencia haciendo inviable su planteamiento en las sesiones siguientes del juicio.

5.2 La admisión de prueba nueva en Juicio Oral

Como regla general, se actuarán en el juicio oral las pruebas que han sido admitidas por el juez en la etapa intermedia. Se garantiza de esa manera la vigencia de los principios de comunidad de la prueba y la igualdad procesal, principalmente. Sin embargo, se prevé que las partes podrán reiterar el ofrecimiento de pruebas que no fueron admitidas, pero se requerirá de *especial* argumentación, es decir, el solicitante tendrá la posibilidad de replantear sus fundamentos para que acepten sus medios probatorios anteriormente negados (art. 373. 2).

El legislador ha querido ser muy amplio en el tema probatorio dejando al juez del juicio la posibilidad de evaluar la admisión de las pruebas que se actuarán ante él; sin embargo, este hecho, aun cuando su decisión sea inapelable, puede generar un nuevo debate entre las partes y posibilitar la dilación del juicio, sobre todo en casos complejos o donde no han sido admitidos un número significativo de medios probatorios. En todo caso, corresponderá al juez –teniendo en cuenta lo resuelto por el juez de la investigación preparatoria sobre este punto– limitar los términos del debate y admitir solo las que considere pertinentes.

5.3 Posibilidad de ampliación de cargos de la incriminación

El Código establece la posibilidad de que el fiscal formule una acusación complementaria durante el juicio oral. En primer lugar, se exige que incluya un *hecho nuevo* o de una *nueva circunstancia* no mencionada en su oportunidad, lo que hace modificar la calificación jurídica. Si los hechos o la circunstancias nuevas aparecen como consecuencia de los debates orales en el juicio, no habría inconveniente procesal alguno pues, precisamente, es el momento en que se conocen las pruebas, se analizan, se relacionan con otras, bajo los principios de contradicción e inmediación (art. 374.2).

El mismo artículo 374 también establece que si el juez durante la actividad probatoria o al final de la misma, observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado, quienes se pronunciarán

e incluso podrán ofrecer pruebas. A diferencia de la legislación antigua, en donde el juzgador puede apartarse de los términos de la acusación y posibilitar la ampliación del contradictorio aun de oficio, en el CPP 2004, si el fiscal acoge la observación hecha por el juez, podrá formular su acusación complementaria, caso contrario, el juicio seguirá su curso regular.

5.4 Orden en el examen de la prueba

El orden en que se desarrolla el examen de la prueba puede resultar estratégico para las partes. Iniciar el interrogatorio con los testigos, luego peritos y al final al acusado puede significar la posibilidad de incrementar el número de preguntas para este último.

El legislador ha previsto un orden en el examen de la prueba en juicio bajo la dirección del juez; sin embargo, las partes pueden intervenir en tal decisión que, finalmente, corresponderá al juez. En efecto, el juez “escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos” (art. 375.2).

El art. 375 también establece que el debate probatorio se iniciará con lo siguiente: a) el examen del acusado, b) la actuación de los medios de prueba admitidos y c) la oralización de los medios probatorios.

Además, se establecen determinadas reglas genéricas o modalidad en tales exámenes. Así pues debemos señalar las siguientes:

- a) El juez decide el orden en que deben de declarar los acusados, pero previamente debe de escuchar la posición de las partes; lo mismo hará con los otros medios de prueba que fueron admitidos. Esto significa que en la fase inicial del juicio las partes ya conocen la secuencia de la actuación de la prueba y podrán reforzar su estrategia de intervención según su teoría del caso.
- b) Se introduce el interrogatorio directo. En efecto, durante el juicio, tanto el fiscal como los defensores puede interrogar directamente a los órganos de prueba: acusados, testigos

y peritos. Al juzgador le corresponderá el control de las preguntas (que sean pertinentes, no capciosas ni sugeridas) tal como lo establece el Código.

- c) El juzgador puede intervenir de oficio cuando lo considere necesario, a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se requieran. La ley procesal establece que excepcionalmente podrá intervenir *para interrogar a los órganos de prueba* solo cuando hubiera quedado algún vacío (art. 375.4).

La intervención del juzgador es muy importante en sistemas procesales como el nuestro. La impartición de justicia exige no solo un debate entre las partes en el juicio, sino además el debido esclarecimiento de lo sucedido a fin de que se decida la inocencia o culpabilidad del acusado. En tal sentido, estimar que el juez va a dejar librado el esclarecimiento de los hechos imputados a lo que las partes discutan en el juicio, sin mayor intervención, –quizás excepcionalmente–, no se encontraría acorde con nuestra realidad, ni con el mismo sistema que se está implementando, ni con otras disposiciones del mismo código, en donde la intervención del juez es de oficio e incluso puede sobreseer el proceso; además, porque no nos encontramos ante un jurado, sino ante un juez que necesita adquirir la convicción necesaria para dictar sentencia.

5.4.1 El examen del acusado

Como se ha dicho, el acusado será la primera persona a interrogar. Si se rehúsa a hablar, el juez le hará saber que igualmente el juicio continuará y se procederá a dar lectura a sus declaraciones anteriores. Hay que recordar que el acusado tiene derecho a guardar silencio⁽⁹⁸⁾. El objeto del interrogatorio se centra en el conocimiento de las circunstancias del caso, su contrastación con los otros elementos probatorios que permitan al juzgador la formación de la convicción necesaria para

(98) En efecto, el acusado puede negarse a declarar. No obstante, en la lógica del contradictorio, el fiscal podrá exigir su derecho a preguntar, aun cuando el acusado no le responda.

su decisión final. En el caso de sentencia condenatoria, será útil para la determinación de la pena y la reparación civil.

El acusado responderá a las preguntas libremente, relatará los hechos, hará las aclaraciones y explicaciones sobre su caso. La ley establece que las preguntas deben ser directas, claras, pertinentes y útiles; no se admiten preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya ha declarado, salvo que se trate de una aclaración necesaria. Están prohibidas las preguntas capciosas, impertinentes y las de respuesta sugerida.

En este interrogatorio, como en los realizados a los otros órganos de prueba la intervención judicial es importante a fin de controlar la pertinencia, claridad y utilidad de las preguntas; en caso las observe, deberá la parte procesal reformular la pregunta. En este último caso, no resulta aconsejable que el juez reconduzca o aclare la pregunta, pues se entiende que la parte conoce el caso y está en mejor posición de formular la pregunta. El juez también puede declarar inadmisibles aquellas preguntas prohibidas (art. 376.3).

Se establece en el mismo art. 376 que el defensor del acusado será el último en proceder al interrogatorio de su defendido.

Por último, tratándose de varios acusados, serán examinados en el orden preestablecido, incluso, como sucede en la legislación vigente, en forma separada, sea de oficio o a solicitud de las partes. De este modo, se precisa que en el caso de interrogatorio por separado, el juez deberá al final del mismo y en presencia de todos, hacer una síntesis oral (pero que puede constar por escrito) de los puntos *más importantes* de lo dicho por cada uno de ellos, quienes podrán (también sus abogados) hacer las aclaraciones o rectificaciones que se harán constar en acta (art. 377). Los aspectos más importantes deben estar relacionados con los hechos que se juzgan, sin que ello signifique introducir alguna carga subjetiva en su determinación.

5.4.2 El examen de testigos y peritos

El examen de los testigos y de los peritos presenta características comunes y otras diferenciadas. En cuanto a las características comunes y previa verificación de los datos de identidad de los

mencionados órganos de prueba, debemos señalar las siguientes (art. 378):

- a) Los testigos y peritos prestan juramento o promesa de decir la verdad.
- b) Los testigos y peritos son examinados, en primer lugar, por la parte que los ofreció y luego por las otras partes (contraexamen).
- c) El testigo o perito expresará la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.
- d) Si alguno de ellos ya no se acuerda de un hecho, se le puede leer parte de su interrogatorio anterior; igualmente, se procederá si se hace notar la contradicción con su anterior declaración.
- e) Las declaraciones o afirmaciones de los testigos o peritos pueden ser confrontadas con otras declaraciones hechas por ellos mismos u otras personas.
- f) Los testigos y peritos pueden ser sometidos a un nuevo interrogatorio en la audiencia, si la parte lo pide y lo autoriza el juez.
- g) Si el testigo o perito no concurre a la audiencia, pese a ser debidamente citado, será conducido compulsivamente por la autoridad policial por disposición del juez. Si no es localizado, el juicio seguirá su curso y se prescindirá de dicha prueba (art. 379).
- h) El juez puede disponer que determinado acusado no se encuentre presente en la audiencia si existen elementos de juicio para temer que el testigo o perito e incluso, otro acusado, no dirá la verdad en su presencia. Culminada la declaración, el acusado deberá conocer lo que dijo el testigo o perito (art. 380).
- i) Si el testigo o perito no puede concurrir a la sede judicial por existir impedimento justificado, serán examinados donde se encuentren, e incluso pueden utilizarse medios técnicos como la videoconferencia; además de possibilitarse la delegación de la diligencia a otro juez, pero con intervención de las partes. A su vez, podrá utilizarse el video, la filmación o el audio.

- j) El juez ejercerá la labor de control del interrogatorio y contrainterrogatorio a fin de evitar las preguntas capciosas o impertinentes. Además, se establece que el juez cuidará que el interrogatorio se realice sin presiones y sin ofender la dignidad de las personas (art. 378.4).

En el caso específico de los testigos se debe de señalar las siguientes notas características:

- a) Se examina al testigo con las mismas reglas del interrogatorio del acusado.
- b) Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí; tampoco deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencia.
- c) Se prohíbe dar lectura de la declaración testimonial anterior, si el mismo testigo niega su testimonio en el juicio oral.
- d) Tratándose de un testigo menor de 16 años, el interrogatorio estará a cargo del juez, con base en las preguntas que formulen las partes, aunque podrá ser interrogado por las partes si con ello no se afecta su serenidad. También se autoriza la concurrencia de un familiar y/o de un psicólogo (art. 378.3).

En el caso del examen de los peritos habría que señalar que, igualmente, la diligencia es dirigida por el juez:

- a) Se inicia el interrogatorio con la lectura resumida del contenido y las conclusiones del dictamen pericial (realizada por el personal auxiliar jurisdiccional) pudiendo leerse, incluso, todo el dictamen pericial;
- b) Se procederá al reconocimiento del dictamen por los peritos;
- c) Se les pedirá que expliquen el procedimiento que han seguido;
- d) Luego serán interrogados por las partes, conforme al orden establecido por el juez;

- e) Se prevé que los peritos puedan consultar documentos, notas y publicaciones durante el desarrollo del examen; y
- f) Se establece también el debate pericial, cuando hubieren opiniones discrepantes.

5.4.3 El examen de la prueba material

La llamada prueba material es aquella que directa o indirectamente se encuentra vinculada al hecho delictivo y que con fines de esclarecimiento y comprensión sobre lo ocurrido debe ser expuesta ante el juzgador y analizada por las partes.

El art. 382 establece que son aquellos instrumentos o efectos del delito, o los objetos o vestigios incautados o recogidos en la escena del crimen o durante la investigación o incorporados con anterioridad al juicio oral. Estos, y *siempre que sea materialmente posible*, serán “exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes”. En tal sentido, dicho material probatorio (arma blanca, revólver, carta, dinero, vestimenta u otro instrumento u objeto) podrá ser presentado tanto al acusado, testigo como perito, con ocasión de su declaración o examen, para que procedan a su reconocimiento y expliquen sobre ello.

5.4.4 La oralización de la prueba documental

La oralización de la prueba documental tiene por finalidad conocer del contenido de determinados documentos con la finalidad de realizar el análisis y debate por las partes y, naturalmente, para que el juzgador vaya formando convicción sobre el caso. No se trata de una simple “lectura de piezas”.

No toda la documentación existente en el expediente será objeto de lectura y debate, pues solo se han de examinar aquellas que hayan sido admitidas en la fase intermedia.

El CPP 2004 en el artículo 383.2 prohíbe oralizar los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en el juicio oral; incluso, se establece que aquellos documentos o actas que pretendan ser introducidos

a la audiencia mediante su lectura no tendrán valor, lo que resulta coherente con la admisión previa de las pruebas. En cambio, taxativamente se establece (art. 383.1) que se podrán incorporar para su lectura:

- a) Las actas que contienen la prueba anticipada.
- b) La denuncia, la prueba documental o de informes, las certificaciones o constataciones.
- c) Los informes o dictámenes periciales; las actas de debate pericial, con intervención de las partes o con su debido emplazamiento, y cuando el perito no haya concurrido al juicio oral.
- d) Los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
- e) Las declaraciones testimoniales actuadas por exhorto.
- f) Las declaraciones prestadas ante el fiscal, con la concurrencia o emplazamiento debido de las partes, cuando el declarante no pueda concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero, o causa independiente a la voluntad de las partes.
- g) Las actas levantadas por la policía o por el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles (actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento y otras).

Cada una de las partes pedirá al juzgador que disponga la lectura del documento escrito o visual para proceder a su análisis, luego de lo cual podrá hacer lo propio la parte contraria. Por ello es que el legislador ha señalado que la oralización incluye “además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta” (art. 383.3). Las normas de procedimiento se pueden resumir en las siguientes:

- a) La oralización se realizará cuando indistintamente la pida el fiscal y el defensor, pero se sigue en orden y con la dirección del juzgador. La inicia el fiscal; sigue el defensor del actor civil, del tercero civil responsable, y al final, el defensor del acusado.

- b) La parte que pide la oralización debe de indicar el documento y expresará oralmente lo que considere útil o importante para su pretensión o como dice la ley se “destacará el significado probatorio que considere útil”. Si el documento (informe o grabación) es muy amplio se podrá disponer de su lectura o conocimiento parcial.
- c) También se establece que los videos, sonidos o soporte informático podrán ser reproducidos según su forma habitual.
- d) Una vez concluida la oralización, el juez concederá la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre su contenido, lo que, en el fondo, constituye el análisis que hace sobre la prueba actuada.
- e) Se prohíbe la oralización de los documentos o actas que se refieran a la prueba actuada en juicio, también la actuación de esta. Al mismo tiempo, se establece que todo documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura carece de valor (art. 383.2).

Culminados los pedidos de oralización del fiscal, se procederá igualmente con los que ofrezca cada uno de los defensores, a cuyo término de exposición seguirá la del fiscal y las otras partes. En el mismo contexto, si el fiscal no pide la oralización de prueba no significa que no pueda comentar o analizar lo que se oralice a pedido del defensor del acusado.

La oralización de la prueba documental para casos complejos puede tornarse muy extensa, pero igualmente constituye garantía propia del debate y necesaria para formar en el juez la convicción necesaria para su decisión final.

5.5 Prueba de oficio

El Código también considera que puede ser importante para conocer debidamente los hechos en el juicio oral la actuación de pruebas de oficio. Estas posibilidades de decisión propia del juez del juicio, si bien se alejan del sistema propiamente acusatorio (consecuentemente constituye un rezago del sistema anterior) permiten al juzgador, ex-

cepcionalmente, decidir la realización de pruebas no pedidas por las partes. En tal sentido, se prevé que de oficio o a pedido de parte, el juzgador puede ordenar la realización de una inspección (técnico judicial) o una reconstrucción, cuando no se haya realizado en la etapa de investigación preparatoria o cuando esta resultara manifiestamente *insuficiente*. Para ello se requiere el previo debate de las partes.

Por otro lado, una vez culminada la actuación de la prueba y de manera excepcional, el juez podrá, de oficio o a pedido de las partes, la actuación de nuevos medios probatorios si “en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. Lo que nos parece de suma importancia si se tiene en cuenta que el nuevo proceso no es uno de partes, sino bajo la dirección e intervención del juzgador, quien en este extremo cuidará de no reemplazar la actuación de las partes (art. 385.2). Es necesario señalar que, en este último caso, la ley no exige del juez que previamente escuche a las partes, para pedir su opinión o tomar tal decisión sin ella. La ley agrega que la resolución que emita en ambos casos no es impugnabile (art. 385.3).

5.6 Los alegatos finales

El análisis sobre los hechos materia de la acusación y sobre los aspectos probatorios y jurídicos de todo lo actuado en la audiencia corresponde a las partes y se conoce tradicionalmente como *alegatos finales* o dentro de las técnicas de intervención oral sería el *alegato de clausura*. Se trata del momento culminante del contradictorio donde el fiscal, el actor civil, el tercero civil responsable y el defensor del acusado van a sustentar sus pretensiones acusatorias y absolutorias buscando generar en el juzgador la convicción necesaria para su decisión final.

El alegato debe de inspirarse en los principios de libertad, justicia e igualdad, pero, además, debe ser ordenado (exordio, argumentación y epílogo), sencillo, expresado con claridad, breve, lógico, práctico, ético y hasta ingenioso⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 601.

A diferencia de la legislación antigua, éste Código (art. 386-391) hace algunas precisiones y nuevas facultades a las partes así como al juzgador:

- a) El orden a seguir en los alegatos es como se ha señalado: primero el fiscal; luego el actor civil, el tercero civil, el defensor del acusado; y se agrega la autodefensa del propio acusado, si se considera necesario. Si está presente el agraviado, podrá tener el mismo derecho de alegación, pero el acusado siempre será el último en declarar.
- b) Las partes no podrán leer escritos, pero sí podrán utilizar apuntes, notas, incluso emplear gráficos o ayudas audiovisuales para una *mejor ilustración* del juez.
- c) El juzgador fijará el tiempo prudencial a las partes para la exposición de los alegatos, atendiendo a la naturaleza y complejidad del caso (número de delitos de acusados o agraviados). Podrá llamarles la atención cuando se trate de manifiesto abuso de la palabra e, incluso, podrá fijar un tiempo límite.
- d) Constituye regla que al finalizar el alegato, el orador debe de expresar sus conclusiones de modo concreto, es decir, si se pide la condena, la pena y reparación civil; la absolución o reducción de la pena pedida por el acusador; o la determinación del monto de la reparación civil, por ejemplo.
- e) No se exige que las conclusiones de las partes se presenten por escrito.
- f) El fiscal en su alegato mantendrá su acusación escrita si los cargos de imputación se han corroborado; pedirá la *adecuación* de la pena, si han surgido nuevos elementos de juicio que permitan aumentar o disminuir la pena y la reparación civil; podrá pedir la imposición de una *medida de seguridad*.
- g) El fiscal también podrá *retirar la acusación* en caso de que los cargos formulados contra el acusado se hayan desvirtuado en el juicio (art. 387.4). El juez puede expresar su acuerdo

o disconformidad, elevándose la consulta, en este caso, al superior inmediato. La decisión de este vincula al fiscal inferior y al juez.

- h) El alegato del actor civil se centrará en la cuantía de la indemnización, y pedirá la restitución del bien o de su valor. Puede analizar y esclarecer las circunstancias del hecho delictivo para sustentar su pretensión civil, pero se le prohíbe expresamente calificar el delito (art. 388). La ley posibilita que el agraviado pueda hacer uso de la palabra, si está presente en la audiencia (art. 386.3).
- i) El alegato del defensor del tercero civil responsable podrá analizar el hecho delictivo, cuestionar el daño o su magnitud, o negar la responsabilidad civil solidaria o el monto de la reparación civil peticionada (art. 389).
- j) El alegato del defensor del acusado deberá centrarse en el análisis de los argumentos de imputación, de las pruebas actuadas, la responsabilidad penal, grado de participación atribuida a su patrocinado, la pena y la reparación civil. Concluirá pidiendo la absolución del acusado, la atenuación de la pena u otro pedido que pueda favorecer a su patrocinado (art. 390).
- k) En cuanto a la *autodefensa* del acusado, se establece que se le concederá la palabra al finalizar el alegato de su defensor a fin de que exponga lo que estime conveniente a su defensa. Es el derecho a la *última palabra* del acusado antes de conocerse la sentencia. De ser el caso, se le limitará el tiempo de exposición (art. 391).

6. TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ORAL

6.1 Introducción

El juicio oral es la fase más importante del proceso penal y donde las partes acreditadas, fiscal y defensores van a tratar de lograr la convicción del juzgador, para que decida sobre las pretensiones sancionatorias o exculpatorias, a través de la exposición de los hechos, el ofrecimiento

de pruebas y el análisis jurídico que hagan sobre las mismas. De ahí que queda resaltado su poder de intervención oral y convencimiento.

El proceso penal peruano exige desde la postura del fiscal y del defensor, la elaboración del caso, a fin de alcanzar el éxito en su *intervención* procesal. Para esto hará uso de su conocimiento, destrezas y habilidades con el fin de convencer al juzgador sobre la responsabilidad o inocencia del acusado.

Como se puede apreciar, el caso penal relaciona determinados elementos básicos en todo proceso: los hechos y las pruebas, a los que se añaden los aspectos jurídicos y determinadas técnicas de intervención oral. Se trata entonces de una actividad propia de las partes en el proceso penal que se manifiesta a plenitud en el juicio oral, pero que aparece con menos intensidad desde la investigación y las audiencias preliminares. El elemento fáctico permite conocer e identificar los hechos y sus aspectos más relevantes, de tal manera que sustente el planteamiento jurídico. Comprende las circunstancias propias del caso, la participación de las personas, el lugar, el tiempo, los medios utilizados, los efectos de la acción, las condiciones personales del acusado o de los testigos, principalmente. El elemento jurídico no es sino la adecuación técnica jurídica de los hechos en las leyes penales y procesales; y el elemento probatorio que permite al fiscal o a la parte sustentar los elementos fácticos y los elementos jurídicos a fin de lograr su objetivo central en el juicio: probar la culpabilidad o inocencia del acusado.

6.2 Teoría del caso

La llamada teoría del caso es el planteamiento que hacen las partes ante el juzgador sobre su pretensión punitiva y de defensa. El centro de la teoría del caso son los hechos y la actividad probatoria. Comprende, además, su planeamiento, su elaboración, la intervención oral, el interrogatorio y el contrainterrogatorio, así como los alegatos de apertura y clausura. Para DECASTRO GONZÁLEZ, la teoría del caso es una construcción teórica de tres niveles (jurídico, fáctico y probatorio), que le permiten al litigante organizar lógicamente los elementos con que presentará su caso al juzgador: “Se trata de un

conjunto de hechos (teoría fáctica) que se reconstruyen a través de la prueba (teoría probatoria) y se subsumen dentro de las normas jurídicas que se consideran aplicables al caso (teoría jurídica), de modo que los hechos puedan ser probados en juicio”⁽¹⁰⁰⁾.

Son las partes las que presentan su teoría del caso al juez a fin de que este adopte alguna de ellas. Como bien lo señalan BAYTELMAN y DUCE, la teoría del caso “es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba” y en donde se destaca precisamente el profesionalismo del litigante para ofrecer a los jueces la mejor teoría del caso posible dada la prueba disponible⁽¹⁰¹⁾.

La teoría del caso aparece entonces como una estrategia o diseño necesario que hace el fiscal o el defensor sobre los hechos que van a presentar y probar durante el juicio oral de manera clara, conducente y con fundamentación jurídica. De allí la necesidad de que las partes aludidas antes de ir a juicio oral hagan de su caso toda una estrategia de intervención, la misma que ha de ir perfeccionándose o adecuándose durante el transcurso del juicio oral. En caso contrario, las posibilidades de éxito se alejarán⁽¹⁰²⁾.

También se ha definido como el plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que van a probar; es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos⁽¹⁰³⁾. Se puede decir entonces que la teoría del caso “es el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos

(100) DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *El contrainterrogatorio*. Comlibros y Cía. Limitada, Medellín, Colombia, 2005, p. 2.

(101) BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación oral juicio oral y prueba*. Editorial Alternativas, Lima, 2005, p. 102.

(102) Desde una postura de la defensa, véase MAUET, Thomas. *Estudios de Técnicas de Litigación*. Traducción de Karen Ventura Saavedra, supervisado por Luis Reyna Alfaro, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 19 y ss.

(103) Véase PEÑA GONZALES, Oscar. *Técnicas de litigación oral*. APECC, Lima, 2008, pp. 144 y ss.

hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana⁽¹⁰⁴⁾.

6.2.1 *Importancia y utilidad*

La teoría del caso es de suma importancia tanto para el fiscal como para el defensor, pues para el primero significará poder explicar los hechos y fundamentar jurídicamente su pretensión punitiva por el delito incurrido; para el defensor, su explicación y fundamentación jurídica se centrará en lograr a favor de su patrocinado la absolución o la disminución de su responsabilidad penal. Conforme a la sustentación que hagan las partes, el juez adoptará una de las posiciones a fin de dictar sentencia.

Como lo señala BLANCO SUÁREZ, el juicio oral es el escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia: “Esta competencia de relatos discurre sobre el eje de la intermediación, esto es, los relatos son realizados directamente ante quien tiene la atribución y función de dirimir el conflicto entre partes, o dicho de otra forma, el conflicto de relatos entre partes⁽¹⁰⁵⁾.”

Además de ello, la teoría del caso es útil⁽¹⁰⁶⁾ para las partes, pues permite lo siguiente: a) planificar y organizar el alegato de apertura; b) organizar la prueba que sustente su posición en el juicio, en cuanto al orden de su presentación, su importancia e impacto; c) conocer y elaborar estrategias respecto de los órganos de prueba presentados por la parte contraria, atendiendo a sus fortalezas y debilidades; d) preparar el contrainterrogatorio; e) analizar la estrategia de la parte contraria; formular objeciones durante el juicio; y f) preparar el alegato de clausura.

⁽¹⁰⁴⁾ Véase necesariamente *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal de Nuevo León*. Programa de Divulgación, Monterrey, 2004, p. 68.

⁽¹⁰⁵⁾ BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. *Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal*. Lexis Nexis, 1.ª edición, Santiago de Chile, 2005, p. 17.

⁽¹⁰⁶⁾ PEÑA GONZALES, O., cit., p. 148.

6.2.2 Características

Además de las notas distintivas señaladas, la teoría del caso presenta determinadas características destacadas por la doctrina⁽¹⁰⁷⁾ ⁽¹⁰⁸⁾:

- a) Debe ser única y creíble, es decir, debe plantearse una sola versión sobre el caso. Cambiar la estrategia sobre los hechos debilita la posición de la parte, pues la teoría del caso exige coherencia en la explicación de los hechos que se presenta. Además, la versión que se plantea debe ser creíble por sí misma; la verosimilitud es importante en la búsqueda de convencimiento del juzgador.
- b) Debe ser lógica, sencilla y flexible, es decir, se exige coherencia lógica de los hechos que se afirman con los aspectos jurídicos. Igualmente, se debe explicar con la mayor claridad o sencillez, evitando el uso de los tecnicismos legales; y, además, el caso debe plantearse posibilitando su adecuación conforme al desarrollo del juicio sin que ello signifique un cambio total que afecte la credibilidad de lo expuesto.
- c) Debe estar sustentada jurídicamente, tanto desde la perspectiva del fiscal como del defensor, adecuando los hechos a la normatividad penal y procesal vigente.

6.2.3 Construcción de la teoría del caso

La teoría del caso debe ser elaborada de manera tal que permita alcanzar los objetivos trazados por el fiscal o el defensor⁽¹⁰⁹⁾. En tal sentido, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

⁽¹⁰⁷⁾ NEYRA FLORES, José. *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal, Código Procesal Penal. Manuales Operativos*. Academia de la Magistratura, Lima, 2007, p. 40. PEÑA GONZALES, O., cit., p. 148.

⁽¹⁰⁸⁾ Véase también BLANCO SUÁREZ, R. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, cit., pp. 19 y ss. El citado autor señala las siguientes características: a) única, b) autosuficiente, c) verosímil y d) asociada a un valor y/o bien jurídicamente relevante.

⁽¹⁰⁹⁾ El fiscal construye su caso al final de la investigación preparatoria, precisamente cuando formula su acusación; naturalmente, deja de ser imparcial y se convierte

- a) Elaborar proposiciones fácticas. Para BERGMAN, en el juicio oral se pueden probar o refutar ciertas teorías jurídicas y estas son abstracciones que están distanciadas “un par de pasos” de la evidencia. El autor identifica la teoría jurídica con los elementos del tipo penal, que no son proposiciones demostrables, por ejemplo, los elementos del delito de robo o fraude; los hechos que se afirman o exponen deben adecuarse a cada elemento. De allí que, para el profesor BERGMAN, la proposición fáctica “es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal”⁽¹¹⁰⁾. Pueden existir varias proposiciones fácticas respecto de un solo elemento legal, que, como dice BAYTELMAN⁽¹¹¹⁾ si el juez las cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica.
- b) Agrega BAYTELMAN que “es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar. Por consiguiente el relato de nuestros testigos determina finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que las proposiciones fácticas deben estar contenidas en el relato de los testigos”. Cada una de las partes elabora sus proposiciones fácticas o hechos relevantes y es sobre estas proposiciones que recae la prueba.

La determinación de los medios de prueba más idóneos para demostrar la adecuación de los hechos a las disposiciones penales o procesales (testimoniales, periciales, documentales, etc.) se debe de anticipar a los cuestionamientos que pudiera hacer la parte contraria sobre la prueba que se ofrece; también se deberán tener en cuenta las pruebas ofrecidas por la contraparte a fin de fijar su estrategia de interrogatorio o contrainterrogatorio. La idea central es probar los hechos o proposiciones fácticas mediante medios más idóneos que permitan formar convicción en el juzgador.

en la parte acusadora. En cambio, el defensor construye su teoría del caso desde el inicio de las investigaciones.

(110) BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio, La defensa penal y la oralidad*. 2.ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1989, p. 23.

(111) BAYTELMAN, A., cit., siguiendo a BERGMAN, p. 97.

- c) La construcción del relato se hace sobre la base de las proposiciones fácticas sustentadas con los medios de prueba, de manera lógica, clara, creíble, persuasiva, con seguridad y convicción de quien expone.

6.3 Estrategias para la comunicación. Las técnicas de intervención oral

La parte más importante en la teoría del caso se manifiesta en las intervenciones orales que hace el fiscal y el defensor durante el inicio, desarrollo y culminación del juicio oral. Constituyen elementos claves en el éxito de la intervención el conocimiento del caso a sustentar, el convencimiento total de lo que se va a sostener y la seguridad manifestada en cada una de las diligencias probatorias que se desarrollan en el juicio oral, la preparación estratégica para cada examen de testigos y peritos, y también para el contraexamen, la exposición clara, técnica, jurídica y convincente que se hace ante el órgano jurisdiccional sentenciador.

6.3.1 El alegato de apertura

El alegato de apertura constituye la primera intervención oral que corresponde al fiscal y los defensores sobre la teoría del caso que presentan ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de hacer conocer sus posiciones y pretensiones. Este alegato comprende la exposición resumida de los hechos, las pruebas que lo sustentan y lo que se espera al final del juicio.

El art. 371.2 del CPP 2004 establece el alegato o intervención de apertura del juicio oral. Señala que una vez instalada la audiencia, “el fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas”.

Ha de tenerse en cuenta que el juez del juicio recién va a escuchar a las partes acerca del caso y se requiere que las partes logren su máxima atención. El fiscal y los defensores, cada uno en su momento, harán

una breve introducción del caso, para presentar el hecho, el delito y la persona imputada, de manera genérica; luego, se debe hacer una exposición de hechos de manera clara, creíble y coherente, precisando las pruebas y los fundamentos jurídicos, cuidando de no expresar opiniones o valoraciones técnicas, menos definiciones finales, que deben presentarse en el alegato de clausura. El alegato de apertura culminará con la pretensión acusatoria del fiscal, consistente en la responsabilidad del acusado y las propuestas de pena y reparación civil, así como las que presenten los defensores según su posición⁽¹¹²⁾.

6.3.2 *El examen o interrogatorio directo*

El examen o interrogatorio directo es la revisión en el juicio oral de los testigos que la propia parte presenta (sea acusado, víctima o testigo) a fin de desarrollar el relato que permita comprobar las proposiciones fácticas y el éxito de la teoría del caso. Se busca extraer de las declaraciones la información necesaria para construir la historia o parte de la misma⁽¹¹³⁾ o, como señala BERGMAN, es la principal oportunidad que uno tiene para narrar su historia⁽¹¹⁴⁾.

Para FONTANET, el interrogatorio directo es aquel que efectúa el abogado que presenta al testigo, con el propósito de establecer o aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones⁽¹¹⁵⁾. Naturalmente, ello requiere la preparación previa para el examen del testigo, resultando de utilidad escuchar de ellos todo cuanto tienen que decir sobre el caso y además explicarles la importancia de su testimonio⁽¹¹⁶⁾.

(112) La estructura del alegato de apertura puede ser la siguiente: a) introducción, b) presentación de hechos e identificación de las personas, c) argumentación jurídica y d) conclusiones. Véase PEÑA GONZALES, O., cit., pp. 167 y ss.

(113) BAYTELMAN, A., *Litigación penal*, cit., p. 110.

(114) BERGMAN, P. *La defensa en juicio*, cit., p. 57.

(115) Véase también ÁNGULO ARANA, Pedro. *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal*, 2.º Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

(116) FONTANET MALDONADO, Julio, *Principios y técnicas de la práctica forense*, jurídica Editores, 2.º edición, Puerto Rico, 2000, p. 2. Agrega el autor que con relación a sus particularidades como testigos, es importante conocer su vocabulario, su trasfondo y prestar especial atención a su apariencia (...) Es muy importante practicar con el

Asimismo, el mismo Julio FONTANET ha identificado diez reglas o mandamientos para tener en cuenta en los casos de interrogatorio directo:

- 1) Acreditación del testigo, a fin de que el juez conozca quién es el testigo, formulando preguntas a fin de saber su nombre, profesión u oficio, estado civil, familia, religión, principalmente.
- 2) Sencillez en la formulación de las preguntas como en las respuestas del testigo. En tal sentido, las preguntas y respuestas deben ser concretas, puntuales, claras y de fácil comprensión, tratando de simplificar el testimonio pericial y evitando preguntas extensas o compuestas, así como el empleo de las conjunciones (“y”, “o”).
- 3) Utilizar preguntas de transición y orientación, que ayudan al testigo a recordar y reconstruir su testimonio, así como ayuda y al juez en el proceso mental de recordar y entender el interrogatorio directo.
- 4) Descripción de los lugares donde han acontecido los hechos que pueden ser desconocidos para el juzgador. Esto le permitirá una mejor ubicación del lugar donde ocurrieron los hechos que dan lugar al juicio. La descripción puede comprender iluminación, personas, sonidos, distancias, tiempo, conocimiento previo. Se pueden utilizar fotografías, mapas e incluso el testigo mismo puede ilustrar mejor su dicho con dibujos u otro medio útil.
- 5) Controlar el ritmo del examen directo, porque el testimonio del declarante debe ser escuchado con detenimiento por el juez; si es ameno e interesante seguro que será atendido por el juez. Es obligación del defensor lograr el ritmo adecuado del examen abarcando los aspectos del testimonio que le son útiles, sin apresuramientos; salvo que lo que diga el testigo

testigo cuáles van a ser las preguntas que se le van a hacer, así como aquéllas que con toda probabilidad le hará el abogado de la parte contraria; (p. 3).

pueda ser perjudicial, en cuyo caso podrá agilizar el ritmo del examen directo.

- 6) No hacer preguntas sugestivas, que es aquella que hace una aseveración en la cual el testigo acepta o rechaza la misma. Estas preguntas revelan una mala preparación del caso.
- 7) ¿Anunciar debilidades? El autor se pregunta si se deberá presentar la evidencia adversa de un testigo durante el interrogatorio directo y sostiene que se deberá hacer si se sabe que la parte contraria lo presentará durante su conainterrogatorio o en su turno de prueba. Pero, además, la respuesta dependerá de dos elementos importantes: la naturaleza del dato o información que pueda conocer la parte contraria; y conocer al abogado de la otra parte, pues resulta importante y útil conocer al adversario, su capacidad, su habilidad, su reputación de diligente o riguroso, lo que nos permitirá pensar que con mucha probabilidad conoce o ha tenido acceso al hecho adverso. Si la respuesta de alguna de las interrogantes es afirmativa, entonces debe presentarse la prueba.
- 8) Escuchar la respuesta del testigo prestándole la atención del caso, incluso invitándolo a que suba el tono de su voz si responde con voz muy baja. También el abogado le puede solicitar al testigo que hable más pausadamente y que trate de hablar con claridad. La atención a las respuestas del testigo es importante también para sustentar posición respecto de las objeciones o la reformulación de su pregunta.
- 9) La posición del abogado es parecida a la de un “director” en el examen directo pero sin quitarle atención al testigo. El abogado debe tener un formulario, bosquejo o esquema de lo que va a preguntar. No es aconsejable tener escritas todas las preguntas que se harán a un testigo. De esta manera, el defensor tendrá más posibilidades de atender directamente al testigo y evitará que se incurra en error al leer las preguntas.
- 10) El interrogatorio debe ser organizado, seguir un orden cronológico, desde el inicio de los hechos a fin de destacar

los aspectos medulares del testimonio. Al final se incluirá el reconocimiento o no de la persona acusada (final climático).

El mismo autor, sugiere seguir el siguiente formato en el interrogatorio directo⁽¹¹⁷⁾:

- a) Preguntas de acreditación.
- b) Preguntas introductorias.
- c) Narración principal.
- d) Preguntas descriptivas.
- e) Presentación de evidencias.
- f) Corroboración.
- g) Final climático.

6.3.3 El contraexamen o contrainterrogatorio

El contraexamen es el interrogatorio que se hace al testigo ofrecido por la parte contraria y que exige al litigante tener un control del testigo porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio, una versión a la que el testigo es naturalmente reticente⁽¹¹⁸⁾.

DECASTRO distingue el contrainterrogatorio *formal* y el *material*, el primero cuando se interroga a un testigo por una parte que no es la que hizo el interrogatorio directo; y, en sentido material, es una faceta de la práctica de la prueba testimonial en la cual la parte o sujeto procesal afectado con el testimonio tiene la oportunidad de controvertirlo directamente examinándolo desde el punto de vista de sus intereses⁽¹¹⁹⁾.

Debe señalarse que el contraexamen está limitado a aquellas áreas establecidas en el interrogatorio directo y todas aquellas relacionadas con la credibilidad del declarante. Para FONTANET, el contraexamen

(117) FONTANET, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, cit., pp. 27 y ss.

(118) BAYTELMAN, A. *Litigación Penal*, cit., p. 152.

(119) DECASTRO GONZÁLEZ, A. *El contrainterrogatorio*, cit., p. 1.

tiene los siguientes objetivos⁽¹²⁰⁾: a) aportar elementos positivos al caso, b) destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria y c) impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria.

Para BAYTELMAN, hay cinco objetivos posibles para el contraexamen:⁽¹²¹⁾

- 1) Desacreditar al testigo, cuestionando su credibilidad personal, su valor como fuente de información. Puede centrarse en el interés del testigo y su conducta previa.
- 2) Desacreditar el testimonio, es decir, no se ataca a la persona en sí, sino a su dicho, se busca afectar la credibilidad del testimonio, de la afirmación que se hace que puede estar viciada por determinadas características personales o circunstancias externas, por ejemplo, por la miopía, la sordera, la oscuridad, la distancia, el ruido.
- 3) Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas, logrando del testigo de la otra parte que se afirmen nuestras proposiciones o que se corroboren los hechos que se sostienen.
- 4) Acreditar prueba material propia, es decir, fortalecer nuestra prueba ofrecida mediante la declaración del testigo de la contraparte.
- 5) Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte, es decir, si se logran obtener inconsistencias o debilidades del testimonio, se daña a la parte contraria y se favorece nuestra posición.

Naturalmente, el éxito del contrainterrogatorio dependerá de muchos factores, pero, principalmente, del conocimiento de los hechos y de las habilidades para intervenir oralmente. Las preguntas sugestivas (aquellas que contienen la respuesta, donde el sujeto solo puede responder sí o no) son el arma principal que tiene el contrainterrogado para cumplir los fines de esta intervención, pues permite controlar las

(120) FONTANET, J. *Principios y técnicas de la práctica forense*, cit., pp. 118 y ss.

(121) BAYTELMAN, A. *Litigación Penal*, cit., p. 159.

respuestas del contrainterrogado. Se requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y su testimonio, saber cómo confrontarlos, qué tipo de preguntas formular (las sugestivas), tener dominio sobre el testigo y saber cuándo y cómo terminar el contraexamen⁽¹²²⁾.

6.3.4 Objeciones

Las objeciones son los cuestionamientos que las partes hacen durante el desarrollo del juicio por alguna intervención, el tipo de preguntas o la actividad de la contraparte que afecta su posición o el desarrollo del juicio oral. También se afirma que son aquellos problemas o cuestiones que se pueden llamar incidentes; entonces, las objeciones “son incidentes que al presentarse en el contexto de un juicio oral tienen un formato mucho más desformalizado, pues están regidos simplemente por la lógica del debate”⁽¹²³⁾.

Las objeciones se manifiestan, principalmente, en el ámbito de la formulación de las preguntas que afectan a la contraparte. Por ello, se debe de plantear adecuadamente teniendo en cuenta determinadas reglas: a) debe actuarse rápidamente, en el momento que surge la mácula de la inadmisibilidad, antes de que el testigo responda; b) debe actuarse con profesionalidad, poniéndose de pie para plantear su *objeción* y exponer sus fundamentos; c) se debe conocer al juez o tribunal en cuanto a estos temas y sobre sus exigencias para estar en condiciones de formular las objeciones; d) objetar cuando sea necesario y no en todos los casos; e) conocer el derecho de la prueba, pues no es necesario identificar la objeción, sino explicar el fundamento que la hace inadmisibile; f) prever los incidentes objetables, lo que exige conocer cabalmente nuestro caso y el de la parte contraria; entre otras⁽¹²⁴⁾.

(122) Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal de Nuevo León, cit., p. 156. También se señalan cinco objetivos: a) atacar la credibilidad personal del testigo; 2) atacar la credibilidad del testimonio; 3) obtener que el testimonio apoye, aun parcialmente la teoría del caso del contrainterrogador; d) sacar a relucir lo que el testigo no dijo; y e) hacer puntos para el alegato de conclusión.

(123) BAYTELMAN, A. *Litigación penal*, cit., p. 185.

(124) FONTANET, J. *Principios y técnicas*, cit., especialmente, el acápite de los mandamientos de las objeciones, pp. 70 y ss.

BAYTELMAN enseña qué tipo de preguntas pueden ser objetables:

- a) Las preguntas sugestivas, que son aquellas que sugieren o fuerzan el contenido de la respuesta.
- b) Las preguntas capciosas o engañosas, que son aquellas que en su elaboración inducen a error al que la responde.
- c) Las preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo, perito o acusado.
- d) Las preguntas confusas, ambiguas o poco claras.
- e) Las preguntas impertinentes o irrelevantes.
- f) Las preguntas repetitivas.
- g) Las preguntas compuestas, que son aquellas que incorporan en su contenido varias afirmaciones y que deben ser objeto de una pregunta independiente.

Además de lo expuesto, existen otros casos donde se pueden formular objeciones, por ejemplo, cuando el testigo expresa concepto, opinión, suposición o hace comentarios sobre los hechos.

6.3.5 Alegato de clausura

Constituye la intervención final que hace el fiscal y el defensor en el juicio oral con el objeto de exponer sus fundamentos fácticos y jurídicos ante el órgano jurisdiccional para formarle convicción sobre la pretensión planteada en su teoría del caso.

Debe tenerse en cuenta que el principal objetivo del alegato final es convencer al juzgador de que nuestras proposiciones fácticas son exactas; además formular las razones sobre la exactitud de nuestras proposiciones fácticas que concuerda con las consideraciones de la justicia⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁵⁾ BERGMAN, P., *La Defensa en juicio*, cit., p. 186. Para FONTANET, se trata del procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de evidencia inadmisibles, como también para objetar un comportamiento indebido durante el juicio, *Principios y Técnicas*, cit., p. 69.

Se trata de la exposición argumentativa final que se hace en el juicio. Debe de resumir fundada y convincentemente sus apreciaciones sobre los hechos y pruebas analizadas, sosteniendo sus conclusiones punitivas o absolutorias. Estos aspectos lo diferencian del alegato de entrada. BAYTELMAN y DUCE nos ilustran sobre estas afirmaciones de la siguiente manera: “Es recién aquí donde ensamblaremos todas las piezas del rompecabezas que hemos venido armando a través de la presentación de la prueba. Allí mostraremos al tribunal de qué manera cada pedazo de prueba y cada trozo de información se conjuga para probar nuestras proposiciones fácticas y hacer creíble nuestra teoría del caso. Es en el alegato final que los abogados le darán unidad y coherencia al relato que han venido construyendo y darán su lectura íntegra y de corrido por primera y única vez”⁽¹²⁶⁾.

En el proceso penal se regula esta intervención con la denominación de los alegatos finales, y se estructura el orden y desarrollo de la intervención del fiscal y de los defensores en los artículos 386-390. Se incluye la intervención del mismo acusado como mecanismo de autodefensa (art. 391). El alegato de clausura debe ser claro, coherente, lógico, directo, fundamentado y expuesto de manera tal que genere no solo la atención del juzgador sino también su convencimiento.

Se puede decir que la estructura del alegato de clausura debe tener los siguientes elementos⁽¹²⁷⁾:

- a) Seguir el orden cronológico de los hechos.
- b) Tener en cuenta el orden de los cargos de la acusación y/o defensa.
- c) Analizar los supuestos jurídicos sustanciales o procesales. Se parte de la premisa jurídica, de allí el discurso sobre los hechos y sobre la prueba.

(126) BAYTELMAN y DUCE, *Litigación Penal*, cit., p. 311.

(127) *Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal de Nuevo León*, cit., p. 201.

Asimismo, se deben de destacar las siguientes técnicas o recomendaciones del alegato de clausura⁽¹²⁸⁾:

- a) El primer momento. La exposición final debe ser concisa y completa, es decir, que comprenda sobre los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos.
- b) Se debe de dosificar el tiempo de manera eficiente para tratar los temas señalados anteriormente, con un lenguaje sencillo y claro.
- c) Se deben utilizar temas y calificativos sobre los aspectos más resaltantes del debate, de las circunstancias y de las personas que han intervenido.
- d) Se pueden usar preguntar retóricas durante el discurso, para precisar la controversia, para retar a la otra parte a argumentar y para ganar punto a su favor.
- e) Argumentar con la experiencia y el sentido común. La explicación de los hechos y de las conductas puede fundarse en el conocimiento cotidiano ciudadano y en la experiencia diaria.
- f) Se deben confrontar los puntos problemáticos, buscando la explicación razonable a ser valorada por el juzgador.
- g) Utilizar los hechos no controvertidos, pues constituyen un buen respaldo para interpretarlos a favor. Es lo que el fiscal o la defensa no discute.
- h) Realizar concesiones convenientes a la parte contraria que no afecten su teoría del caso; debe practicarse excepcionalmente para evitar que se convierta en un argumento en contra.
- i) Se debe de concluir con fuerza. Es decir, en el momento que se ha logrado la atención del juzgador sobre el resumen del alegato, el fiscal o el defensor debe de expresar con firmeza su conclusión final.

⁽¹²⁸⁾ *Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal de Nuevo León, cit., p. 203.*

7. LA SENTENCIA PENAL

7.1 Definición y características principales

La sentencia es la forma ordinaria por la que el órgano jurisdiccional da por terminado el juicio resolviendo definitivamente la pretensión punitiva y poniendo fin al proceso. Para GIMENO SENDRA se entiende por sentencia penal la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación ordinaria y en cada una de sus instancias. Al final del proceso, se condena o absuelve al acusado con todos los efectos materiales de la cosa juzgada⁽¹²⁹⁾.

La sentencia penal constituye la forma típica de conclusión jurisdiccional del proceso penal. Es la verdadera encarnación del juicio de legalidad penal⁽¹³⁰⁾. Presenta las siguientes características:

- a) Con la exposición de los alegatos de clausura se cierra el debate y el órgano jurisdiccional pasará de inmediato a deliberar. Esta deliberación será secreta, en un plazo de dos días (en casos complejos, cuatro días) para producir el fallo, caso contrario, deberá repetirse el juicio en otro juzgado, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que correspondan. Se establece que la sentencia se decide por unanimidad o por mayoría; si no hay acuerdo sobre la pena o la reparación civil, se aplicará el término medio. Se prevé que para el caso de la aplicación de cadena perpetua, se requerirá decisión unánime.
- b) En el ámbito de la prueba, se señala que para efecto de la deliberación solo podrán utilizarse aquellas pruebas legítimamente incorporadas al juicio; también se instruye al juez para que examine la prueba de manera individual y luego en conjunto con las demás pruebas. Se precisa que la valoración de la prueba respetará las *reglas de la sana crítica*, con especial

⁽¹²⁹⁾ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 671.

⁽¹³⁰⁾ RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*. Sexta lectura constitucional, cit., p. 269. Agrega el citado autor español que la "única forma de intelección última de este viejo principio es la vía procesal: *Nullum crimen, nulla poena sine indicio*."

énfasis a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (art. 393.2).

- c) La *deliberación y votación* estarán referidas a las cuestiones incidentales diferidas; a la existencia del hecho y sus circunstancias; a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias y la participación delictiva; a la calificación legal del delito; a la individualización de la pena aplicable y/o medida de seguridad; a la reparación civil y las consecuencias accesorias; y a las costas, si corresponde.
- d) Al margen de lo que establece la LOPJ, el Código prevé los siguientes requisitos de la sentencia penal: i) juzgado, lugar y fecha, nombre del juez y las partes y los datos personales del acusado; ii) los hechos y circunstancias objeto de la acusación; iii) las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio y la posición de la defensa del acusado; iv) la motivación clara, lógica y completa de los hechos probados o no y la valoración de la prueba que la sustenta; v) los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales, y la calificación de los hechos y fundar el fallo; vi) la parte resolutive con mención expresa de la absolución o condena del acusado por cada delito imputado; vii) deberá comprender, según el caso, las costas, el destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito; y viii) finalmente, la firma del juez.
- e) La sentencia será redactada por el juez o director del debate (en caso de órgano colegiado), en párrafos en orden numérico, se podrán hacer anotaciones en números sobre las normas legales y la jurisprudencia; también notas al pie de página para cita de doctrina, jurisprudencia, etc., lo que nos parece positivo si se tiene en cuenta que se trata precisamente de la decisión final del juez sustentada en la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera. Habría que decir que esta disposición ya se viene aplicando en la práctica actual, y se ha dejado de lado inclusive el modelo *sabana* de la sentencia tradicional. Se

debe agregar la necesidad de que la sentencia debe construirse con claridad a fin de que sea entendible para el justiciable.

- f) La *lectura de la sentencia* se produce, habiéndose convocado a las partes, después de la deliberación en la sala de audiencias. La ley señala una *convocatoria verbal*, lo que permite suponer que dicha convocatoria o notificación verbal se hará al finalizar los alegatos. En caso de suspensión de la deliberación por enfermedad del juez o uno de ellos, si fuere colegiado, también podría hacerse uso de la notificación escrita de manera paralela. El legislador señala expresamente que la sentencia será leída “ante quienes comparezcan”, lo que permite continuar y culminar el juicio aun sin la presencia de algún sujeto procesal; sin embargo, debe tenerse en cuenta que, por mandato constitucional (art. 139.12), no se puede condenar al acusado en ausencia. Sin embargo, el art. 391.2 establece la posibilidad de desalojo del acusado de la sala de audiencia cuando incumple las órdenes del juez. En este supuesto, se permite la lectura de la sentencia *sin estar presente el acusado* (en ausencia), pero con la asistencia al acto procesal de su abogado particular o de oficio. La sentencia se notifica con su lectura integral en audiencia pública y se hará entrega a las partes de una copia de la sentencia de manera inmediata.
- g) Por último, se establece que en casos complejos o teniendo en cuenta lo avanzado de la hora, se dará lectura a la parte dispositiva de la sentencia y se podrá diferir la redacción (lectura) de esta para hacerlo de manera integral en una nueva fecha, pero no mayor de ocho días. Dice la norma procesal: “cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron su decisión, anunciará el día y la hora para su lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes

comparezcan” (art. 396.2). Claro está que este supuesto debe evitarse o aplicarse en casos muy excepcionales.

- h) El contenido de la sentencia no puede exceder los términos de la acusación. Se regula el *principio de la correlación* entre la acusación y la sentencia del siguiente modo: i) no podrá acreditar hechos o circunstancias distintas a la acusación escrita o complementaria; ii) tampoco podrá modificar la calificación jurídica de la acusación, salvo que el juez observe una calificación distinta en la audiencia y se lo haga saber al fiscal e imputado (art. 374.1); y iii) el juez no podrá aplicar pena más grave que la pedida por el fiscal, salvo, como dice la ley, cuando se solicite una pena por debajo del mínimo legal sin que exista causa de atenuación (art. 398.3). Lo que exige –como se ha dicho– un estudio detenido del fiscal para efecto de la propuesta de pena y reparación civil, y que además pasa por el control de la acusación en la fase intermedia.

7.2 La Sentencia Absolutoria

- a) La sentencia absolutoria que prevé el art. 398 de la ley procesal, presenta las mismas características que ya se conocen pero, en cuestiones de fondo, podemos señalar lo que sigue: 1) destacará la existencia o no del hecho imputado, 2) las razones para concluir que el hecho no constituye delito, 3) la posición negativa del acusado durante el proceso, 4) la ausencia o insuficiencia de medios probatorios sobre su culpabilidad y 5) la existencia de una *duda razonable* sobre su culpabilidad o la causa que lo exime o atenúa su responsabilidad.
- b) La sentencia absolutoria trae como consecuencia determinados efectos procesales y que deben declararse: la libertad del acusado (si estuviera en cárcel), la cesación de cualquier otra medida de coerción, las que se ejecutan aun no quede firme la sentencia (art. 398.3), también la restitución de objetos que fueran afectados, las inscripciones y anulación de antecedentes judiciales y policiales. Finalmente, se fijarán las costas.

7.3 La Sentencia Condenatoria

- a) La sentencia condenatoria, además de los requisitos formales, deberá destacar, especialmente, la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; la pena efectiva o suspendida o medida de seguridad que se imponga; o las penas alternativas y las reglas de conducta correspondientes. En el caso de las penas o medidas de seguridad, se fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, y se hace el descuento de la detención o prisión preventiva que haya cumplido el condenado. También debe señalarse el plazo para el pago de la multa (art. 399).
- b) De acuerdo con la disposición procesal, la condena a pena privativa de la libertad efectiva se ejecuta inmediatamente, salvo que el juez espere que se resuelva el recurso impugnatorio interpuesto, es decir, el condenado mantiene su libertad hasta la decisión de la instancia superior, en cuyo caso podrá adoptar alguna medida de aseguramiento (art. 402.2).
- c) Lo que si es del caso comentar es el hecho que para los efectos del cómputo de pena efectiva, se descontará el tiempo de detención, prisión preventiva y de *detención domiciliaria* que hubiese cumplido el acusado antes de la condena. Incluso, se introduce el tiempo de carcelería que hubiere sufrido en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición. El legislador ha puesto el acento en todo el tiempo de privación de la libertad que ha sufrido el imputado para efecto del cómputo final de la pena en donde son ejes centrales y únicos la detención policial o judicial y la detención domiciliaria. Si el imputado se encuentra en trámite de extradición y no está privado de su libertad, no procede su cómputo.
- d) También es del caso anotar que esta disposición, en lo relativo al cómputo de la detención domiciliaria como pena efectiva, a diferencia de lo que opinan ciertos interesados en el tema, debe de esperar su real puesta en vigencia en cada sede judicial, pues resultaría cuestionable su aplicación inmediata en aquellos

- lugares donde no se aplica el nuevo código, por ausencia de base normativa e incompatibilidad con la legislación vigente.
- e) Estamos convencidos de que la protección de este derecho a la libertad es importante, pero también lo hubiera sido para amparar otros derechos, como los de la víctima. Así debe ponerse el mismo énfasis fijando un plazo o criterios perentorios determinados para hacer efectivo el pago de la reparación civil a favor del agraviado.
 - f) En la misma sentencia se podrán unificar las condenas o penas, según corresponda, o se podrá revocar el beneficio penitenciario.
 - g) En cuanto a la reparación civil, se ordenará –cuando proceda– la restitución del bien o su valor y la indemnización, las consecuencias accesorias del delito. También se debe disponer la devolución de los objetos secuestrados, cuando proceda, y las costas.
 - h) Se establece la posibilidad de una detención preventiva del condenado, si el juez estima razonadamente que aquel no se someterá a ejecución de la pena una vez que se encuentre firme. Lo que en la práctica podría ser de reducida aplicación, pues siempre cabe la posibilidad de que la sentencia no sea confirmada y carecería de objeto haber tenido en prisión al condenado.
 - i) Si en la sentencia se establece responsabilidad de un testigo o de otra persona no comprendida en el proceso o se descubre otro hecho delictivo perseguible por ejercicio público de la acción, se dispondrá la expedición de copias certificadas de lo actuado y su remisión a la fiscalía provincial competente.

7.4 La impugnación

Como toda resolución, la sentencia puede ser objeto de impugnación. En tal sentido, el juzgador preguntará al fiscal y los defensores, según corresponda, si interponen recurso de apelación. La parte que se siente afectada por la resolución podrá impugnarla, y no es necesario que lo fundamente en dicho acto. También podrá

reservarse el derecho a hacerlo. El plazo para impugnar la sentencia es de cinco días a partir de la notificación de la resolución (art. 414); y si se ha interpuesto oralmente en la sentencia, se deberá formalizar por escrito en el plazo de cinco días (art. 405.2). El juicio de apelación será materia de estudio en el capítulo sobre medios impugnatorios.

8. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Las sentencias dictadas por los jueces tienen que cumplirse y el Código establece normas relativas a la ejecución de la sentencia dictada por el juez unipersonal o colegiado. En este sentido, el órgano jurisdiccional no solo juzga, sino que también hace *ejecutar lo juzgado* y encarga a otros jueces la ejecución de la sentencia condenatoria cuando esta ha quedado firme.

La ejecución de las sentencias condenatorias compete al juez de la investigación preparatoria, salvo los casos de beneficios penitenciarios que prevé el Código de Ejecución Penal (art. 489). En tal sentido, resolverá las incidencias que formulen las partes durante la ejecución de las sanciones relativas a requerimientos u observaciones sobre la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias.

También se otorga facultad de control al Ministerio Público sobre la ejecución de las penas cuando el Código establece que al fiscal le corresponde “el control de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan”, y formular al juez los requerimientos necesarios para la correcta aplicación de la ley (art. 488.3).

Además de lo señalado líneas arriba, la ejecución de las penas presenta diferentes situaciones de orden procedimental que pasamos a señalar brevemente:

- a) Si el condenado se encuentra en libertad y la pena es privativa de ella, se dispondrá por el juez la respectiva orden de captura. Producida la detención, el juez de la investigación preparatoria realizará el cómputo respectivo siguiendo las reglas establecidas para el efecto.

- b) El cómputo de la pena es reformable, aun de oficio, si se comprueba un error o se conoce de alguna circunstancia especial.
- c) El cómputo de la pena se pondrá en conocimiento del juez penal que impuso la condena y del Instituto Nacional Penitenciario.
- d) Todos los incidentes que se formulen sobre la modificación de la pena (conversión, revocación de la conversión de penas, revocación de la condena condicional, reserva del fallo condenatorio y extinción o vencimiento de la pena) serán resueltos por el juez previa audiencia de las partes y en el término de cinco días.
- e) Los incidentes que se derivan de la ejecución de la pena previstos por el C. E. P., son de conocimiento del juez unipersonal.
- f) Los casos de refundición o acumulación de penas son de conocimiento del juzgado penal colegiado.
- g) En todos los casos de apelación, los incidentes serán de conocimiento de la Sala Penal Superior (art. 491).
- h) También se regula la ejecución de las medidas de seguridad privativa de la libertad, y se dispone que periódicamente se proceda al examen médico de la persona sujeta a dicha medida, para mantener, sustituir o cancelar la internación. Dicha facultad se concede al juez penal (art. 492).

El proceso penal no solo contempla la forma de ejecución de la pena y sus distintas manifestaciones, sino que también ha sido preocupación del legislador regular la forma de materializar las sanciones económicas que se derivan de la sentencia. La ejecución de la reparación civil se dirige por el juez de la investigación preparatoria y se rige por las normas de la legislación procesal civil, con intervención del fiscal y del actor civil, lo que resulta natural si se considera que ambos tienen pretensiones civiles que exponen: el primero en su acusación y el segundo durante su alegación e intervención procesal (art. 493).

Los bienes sujetos a comiso serán dispuestos por el mismo juez (art. 494.1); los bienes incautados no sometidos a comiso serán devueltos a quienes se les incautaron; y aquellos que correspondan al condenado podrán ser embargados para el pago de las costas procesales y para asumir la responsabilidad pecuniaria y civil (art. 494.2-3).

Parte III

LA PRUEBA
EN EL PROCESO PENAL

Capítulo I

LA PRUEBA PENAL

1. ASPECTOS GENERALES

La prueba es una de las instituciones más trascendentes y de mayor apasionamiento en el proceso judicial, ya que, a través de ella, se busca demostrar la verdad y naturalmente constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador. Siguiendo a CAFFERATA NORES, podemos afirmar: “*son las pruebas, no los jueces, los que condenan*”⁽¹³¹⁾. De ahí que la prueba se constituya en una garantía fundamental ante la posible arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Para MITTERMAIER, en toda sentencia hay una parte esencial que decide si se ha cometido el delito, si lo ha sido por el acusado, y qué circunstancias de hecho vienen a determinar la penalidad, y si ello se resuelve afirmativamente. La segunda parte de la sentencia viene a ser corolario inmediato de la primera. Así el juez ya no tiene que hacer sino aplicar la sanción penal al hecho averiguado: “La sentencia que ha de versar sobre la *verdad de los hechos de la acusación*, tiene por base la *prueba*”⁽¹³²⁾.

(131) CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 4.ª edición actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 6. Asimismo ese autor afirma: “la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados [refiriéndose al proceso penal] y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva” (cit., p. 3).

(132) MITTERMAIER, Karl. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Traducción al castellano de González de Alba, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 4.

La verdad en el proceso penal requiere ser probada, lo que significa que el hecho delictivo cometido y la responsabilidad penal del imputado deben encontrarse acreditados con prueba en el proceso y corresponderse con la descripción del tipo penal.

En materia penal, la doctrina separa las dos fases más importantes del proceso penal (investigación y juicio oral), lo que permite a su vez, distinguir en los actos propios de la investigación y los que corresponden al juicio. Sobre ellos se resaltan, en términos de ALMAGRO NOSETE, dos mecanismos jurídicos para asegurar tal separación: 1) el juicio de acusación, que se reserva a los jueces y permite el juicio oral; y 2) el derecho a la presunción de inocencia, que reclama del juez su pleno convencimiento de culpabilidad a través de la prueba para ser destruida. Estos dos conceptos –explica el maestro español– se mueven en planos antitéticos “pues mientras en juicio de acusación pondera la seriedad y, por lo tanto, el fundamento, lo que hace más formal las sospechas o los indicios que recaen sobre la conducta del acusado, la presunción de inocencia obliga a considerarlo no culpable, en tanto por medio de las pruebas practicadas en el juicio oral no se llegue a forjar una convicción de culpabilidad”⁽¹³³⁾.

2. CONCEPTO DE PRUEBA

La verdad se alcanza con la prueba. Esta es entonces la demostración de una afirmación o de la existencia de un hecho o cosa. La prueba es una actividad de sentido lógico y de uso común y general; es la forma natural de demostración de la verdad de una afirmación.

Para el maestro peruano MIXÁN MÁSS⁽¹³⁴⁾, la prueba debe ser conceptualizada *integralmente*, es decir, como una actividad finalista, con resultado y consecuencias jurídicas, que les son inherentes. Procesalmente,

⁽¹³³⁾ ALMAGRO NOSETE, José. “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, en AA.VV. *La prueba en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, pp. 19 y ss.

⁽¹³⁴⁾ MIXÁN MÁSS, F. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996, p. 303.

“la prueba consiste en una actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal”.

La prueba en materia judicial constituye una actividad preordenada por la ley, que se encuentra sometida al criterio de la autoridad judicial. Mediante la prueba se espera descubrir u obtener la verdad de un hecho controvertido. En tal sentido, para VELEZ MARICONDE la prueba es “todo elemento (o dato objetivo) que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva”⁽¹³⁵⁾.

Así mismo la actividad probatoria compete a los sujetos procesales. En consecuencia, como enseña ORTELLS RAMOS, la prueba es una actividad procesal de las partes, dirigida por el juzgador para formar su convicción psicológica sobre los datos (fundamentales) de hecho probados, la misma que debe estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos, y también la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción⁽¹³⁶⁾.

3. MARCO CONSTITUCIONAL

La actividad probatoria se encuentra regulada por la Constitución Política del Estado y también por las leyes internacionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona. Conforme a la presunción de inocencia, se debe respetar la consideración de no autor o no partícipe de un delito, mientras no se halla declarado judicialmente su responsabilidad (art. 2, inc. 24, lit. e). También se prohíbe la violencia moral o de tratos inhumanos o humillantes, y la afirmación

(135) VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit., p. 341.

(136) ORTELLS RAMOS. M., y MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T. III., cit., p. 322.

de la carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia. El art. 2, inc. 24, lit. h, de nuestro texto constitucional, es muy claro:

“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

En los pactos y convenios internacionales existe mención expresa a los derechos fundamentales y la actividad probatoria:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley” (arts. 14.2 Pacto de Nueva York y 8.2 Pacto de San José).

“Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (arts. 14.3 g Pacto de Nueva York y 8.2 g Pacto de San José).

“La confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (art. 8.3 Pacto de San José).

El CPP 2004, a diferencia de la regulación anterior, consagra en su Título Preliminar que “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (art. VIII. 2). Esto permite contar con una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria.

4. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Los principios fundamentales sobre la prueba son del más alto rango constitucional, pues tienen sustento en la Constitución y los Tratados Internacionales, y se reproducen en las leyes ordinarias. Las normas constitucionales en materia probatoria se interpretan en relación directa a las

normas internacionales que tienen plena vigencia en nuestro sistema jurídico. Por ello pueden ser alegadas y aplicadas en los procesos penales.

La actividad probatoria en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación y valoración en el proceso penal. Dentro de los principios más importantes en materia de prueba podemos citar los siguientes:

- a) *Legitimidad de la prueba.* Se refiere a que la obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse de conformidad con lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico. El art. VIII, Título Preliminar, CPP 2004 acoge este principio al prescribir que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, establece que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. En este sentido, también el artículo 159 del CPP impone una prohibición de utilización de esta clase de prueba al señalar que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
- b) *La libertad de la prueba.* Es uno de los principios más invocados en materia probatoria. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de que *todo se puede probar y por cualquier medio*⁽¹³⁷⁾, salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución, la ley y el respeto de los derechos de la persona. Por ende, el fiscal y los defensores están en las condiciones de pedir u ofrecer las actuaciones de pruebas que favorezcan sus pretensiones,

(137) VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit., p. 198.

por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita o para descartarla; para establecer el grado de responsabilidad del imputado, o de su eximente, de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta o la naturaleza del perjuicio o daños causado; para desvirtuar las pruebas ofrecidas por la parte contraria, etc. El Código Procesal Penal establece que “las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales” (art. 155.2). Asimismo estipula: “Los hechos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse, siempre que no vulneren derechos y garantías”.

También se posibilita la limitación de la prueba por el juez cuando aquella resulte manifiestamente excesiva. Así pues, el juez solo podrá excluir las pruebas que “no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución” (art. 155.2).

- c) *La inmediación.* Este principio significa el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por el juez con intervención de los sujetos procesales. El conocimiento directo de la prueba (objeto u órgano) es fundamental en el proceso penal y, en este punto, la *oralidad* juega un rol también importante, así como la *concentración* evidenciada en el examen del imputado, del testigo, de la víctima, así como de los objetos materiales del delito. La inmediación, la oralidad y la concentración de la actividad probatoria dinamizan el nuevo proceso penal, lo hacen más ágil y permiten mayor seguridad al juzgador.
- d) *La publicidad del debate.* La publicidad como principio rige el juicio oral. A su vez, comprende la actuación de la prueba con la posibilidad de que la colectividad pueda conocer de su actuación y debate, así como la forma en que es valorada en la sentencia por los magistrados. La prueba se analiza y se discute en el juicio de manera pública, salvo los casos exceptuados por la propia ley, empero siempre será pública cuando se trate del juzgamiento de un funcionario público.

- e) *La pertinencia de la prueba.*- Las pruebas que se soliciten, se ofrezcan o se actúen en el proceso penal deben guardar pertinencia con los fines del proceso y, en especial, con lo que es objeto de prueba. En tal sentido, el juez no admitirá las pruebas que sean impertinentes o, como establece la ley, “podrá excluir las que no sean pertinentes” (art. 155.2). Las pruebas deben de conducir al establecimiento de la verdad sobre los hechos investigados.
- f) *La comunidad de la prueba.* El esclarecimiento de la verdad en el proceso penal exige que todos los elementos de prueba existentes en la causa penal, sin atender a qué sujeto procesal los propuso u ofreció. Esto debe ser de conocimiento común de todos los sujetos procesales⁽¹³⁸⁾. Ello significa que las pruebas ofrecidas por la defensa del procesado o del fiscal no son de conocimiento exclusivo de la autoridad jurisdiccional, sino que también de aquella que no los ha ofrecido.

De esta manera, se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal: las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso. Sobre este asunto, una parte carece de facultad para evitar que la contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso, pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba. De este principio se deriva el de la *unidad de la prueba*, ya que la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aun cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre la prueba repercute en la otra parte.

- g) *Actuación de prueba de oficio como caso excepcional.* En rigor, la actividad probatoria la realizan el fiscal y las partes intervinientes en el proceso. El juez aprecia las pruebas para tomar decisiones y se admiten, por excepción, pruebas de

(138) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*. T. I, 4.ª edición, Medellín, Colombia, 1993, p. 118.

oficio, es decir, dispuestas por la autoridad juzgadora. El art. 155.3 establece que “la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio”. Ciertamente, en un modelo procesal penal de corte acusatorio no es de admitirse una actuación jurisdiccional de oficio, pues se deja a las partes, la intervención, el ofrecimiento y el debate sobre la prueba sin embargo, nuestro legislador ha considerado que en determinados casos –debe ser muy excepcional– para los fines del esclarecimiento debido, podrá actuarlas. Esta facultad puede ser considerada como un rezago del sistema anterior.

En este contexto, habría que interpretar restrictivamente esta facultad por parte del juez. Así tal iniciativa probatoria en su ejercicio no puede conllevar alguna extralimitación por parte del juzgador o que, dicho de otra forma, se pretenda ejercer sobrepasando los parámetros sobre los cuales la ley enmarca dicha potestad y que este exceso provoque afectación de derechos fundamentales, esto es, por ejemplo, ordenando la práctica o recepción de probanzas que correspondían realmente aportar a las partes⁽¹³⁹⁾, o que se disponga su evacuación, de modo tal que se amplíe, restrinja o mediatice el alcance que debe tener. Por ello, tal iniciativa probatoria es una muy limitada que no supe la labor de las partes, sino que solo requiere “veracidad”, “autenticidad” o “integridad” de algún medio probatorio actuado o la idoneidad de este.

5. CONCEPTOS PREVIOS: MEDIO, FUENTE Y ÓRGANO DE PRUEBA

En doctrina, no existe un criterio uniforme al momento de definir los conceptos básicos en materia probatoria y, a pesar de que el CPP 2004 importa una mejora sustancial en cuanto a la teoría de la prueba penal, no define que debemos entender por fuente, medio y órgano de prueba. Comúnmente estos tres términos suelen confundirse y utilizarse como sinónimos.

(139) PICO I JUNOY, Joan. “La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación”. José María Bosch Editor. Barcelona.1998. Barcelona. p. 25.

SENTIS MELENDO, citando al maestro italiano CARNELUTTI, afirma que “la *fuerza de prueba* es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad, el *medio de prueba* lo constituye la actividad del juez desarrollada en el proceso”⁽¹⁴⁰⁾. Medio probatorio es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso. Por otro lado, las fuentes son elementos que existen en la realidad, independientemente de la existencia del proceso.

Los *medios de prueba* son aquellas actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad de los hechos, la existencia de los medios probatorios se encuentran condicionadas a la del proceso. Por su lado, las *fuentes de prueba* están fuera del proceso, son extraprocesales. Por ejemplo, tenemos, como medios de prueba la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales; como fuentes de prueba, están el testimonio en sí mismo, el documento (audio, video, fotografía, etc.).

Órgano de prueba es la persona a través de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba; es la persona que expresa ante el juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga, que aporta un elemento de prueba. Puede decirse que el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el juez. El imputado, el agraviado, el testigo, el perito son órganos de prueba.

6. OBJETO DE PRUEBA

La noción del objeto de prueba responde a las siguientes preguntas: ¿Qué puede probarse en el proceso penal? y ¿cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba?⁽¹⁴¹⁾. En tal sentido, el objeto de prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso.

⁽¹⁴⁰⁾ CARNELUTTI, citado por SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1979, p. 147.

⁽¹⁴¹⁾ FLORIÁN, Eugenio. *De la pruebas penales*. Tomo I, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 95.

En el proceso penal, el legislador ha definido lo que es objeto de prueba en los siguientes términos: “Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito” (art. 156.1). De esta manera, amplía lo que es objeto de prueba a ámbitos necesarios en el proceso penal e incluso a aquellas reglas referidas a la responsabilidad civil.

Sin embargo, la ley –siguiendo a la doctrina– establece excepciones a lo que es objeto de prueba, es decir, que no resulta necesaria su probanza. Son llamadas máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica vigente, la cosa juzgada, lo imposible y los hechos notorios. Veamos brevemente cada una de ellas:

- a) *Las máximas de la experiencia.* Son aquellos casos que se originan de la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Es la experiencia que se acumula en atención al conocimiento de determinados hechos constantes y aceptados por la colectividad. Por ejemplo, nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares distintos, o que existen determinadas enfermedades que por su naturaleza son contagiosas.
- b) *Las leyes naturales.* Son aquellas leyes que por la rigurosidad de su método, se encuentran debidamente acreditadas por la ciencia: la ley de la gravedad, la velocidad de la luz, etc.
- c) *La norma jurídica interna vigente.* Son aquellas que deben ser conocidas por las autoridades judiciales en razón del ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, no deben ser objeto de prueba. Ello no impide que la defensa, a efecto de presentar mejor sus pretensiones o posiciones jurídicas, haga conocer de la creación o modificación de las leyes a las autoridades judiciales, pero sin la calidad de medio probatorio.
- d) *La cosa juzgada.* Un hecho que ha sido judicialmente resuelto y que se encuentra en estado de cosa juzgada no amerita ser probado, lo que no obsta para que sea invocado ante la autoridad judicial o se señale el lugar donde dicho proceso ya se encuentra archivado.

- e) *Lo imposible*. Lo imposible es aquello que no se puede probar debido a su inexistencia, por contravenir alguna regla de la experiencia o por que existe alguna prohibición legal. Por ejemplo, pretender probar la muerte de una persona que no se encuentra registrada como viva, citar como testigo a una persona que ya ha fallecido u ofrecer como testigo al juez que conoce de la misma causa⁽¹⁴²⁾.
- f) *Lo notorio*. Los hechos notorios son aquellos que por su saber colectivo, directo e indirecto, no merecen cuestionamiento sobre su veracidad. No todos los hechos son notorios, sino aquellos que originan un conocimiento general y permanente, y están dotados de cierto interés también general (un siniestro, un terremoto, huelga de grandes proporciones, duelo judicial, un personaje importante en la vida jurídica, política o artística, etc.). La notoriedad apuntaba STEIN es la peculiaridad de un hecho⁽¹⁴³⁾.

Con respecto al objeto de prueba, el nuevo Código Procesal Penal incorpora la institución de las convenciones probatorias (art. 156.3) en virtud de la cual, las partes podrán determinar que circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio.

7. EXCEPCIONES A LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN JUICIO ORAL

La regla general de que la prueba en el proceso penal, solo es la practicada en el juicio oral, no importa que haya que negar eficacia probatoria a las diligencias que se realizan en las etapas previas, diligencias que por su naturaleza son de imposible o difícil reproducción en el estado correspondiente del juicio oral.

⁽¹⁴²⁾ MIXÁN MASS señala otros ejemplos: pretender demostrar que el imputado ha cometido delito por instigación del "diablo"; tratar de probar que el delincuente empleó su poder mental para sacar momentáneamente el río Amazonas y pasar a la otra ribera; perpetrar el delito y luego retornar al punto de partida o que el agraviado sin auxilio de ningún medio técnico percibió desde una distancia de 4 kilómetros la conversación del imputado cuando este preparaba la comisión del delito (*Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, cit., pp. 362-363).

⁽¹⁴³⁾ STEIN, F. *El conocimiento privado del juez*, cit., p. 170.

La doctrina reconoce dos excepciones a dicha regla general: la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

7.1 La prueba anticipada

Consiste en la actuación de la prueba con anterioridad al juicio oral por la imposibilidad justificada de su realización en dicho estadio procedimental, con la finalidad de asegurar su valoración con las demás pruebas.

Para ORTELLS RAMOS⁽¹⁴⁴⁾ se trata de “la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma”.

Los presupuestos de la prueba anticipada están constituidos por la irrepetibilidad y la previsibilidad del medio probatorio. El primero es más importante y comprende los actos que por su naturaleza son reproducibles en el juicio, pero no repetibles por la existencia de determinadas circunstancias de riesgo, es la irrepetibilidad material (posibilidad de muerte o incapacidad física o intelectual del testigo)⁽¹⁴⁵⁾. El nuevo Código Procesal Penal regula su trámite en los artículos 242 - 246.

7.1.1 Características

Mencionamos las siguientes:

- a) La imposibilidad o dificultad de actuación de la prueba en el juicio oral. Lo que decide la práctica de la prueba anticipada es, precisamente, la imposibilidad o los riesgos que existen para que la prueba se realice en el juicio. Por consiguiente, la necesidad de anticipar la prueba debe ser plenamente justificada.

⁽¹⁴⁴⁾ ORTELLS RAMOS, Manuel y MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T. III. Proceso Penal, cit., p. 273.

⁽¹⁴⁵⁾ ASENCIO MELLADO, José. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 172.

- b) Su irrepetibilidad es derivada (porque inicialmente las pruebas podían actuarse en juicio, pero por eventos posteriores deben actuarse antes).
- c) La decisión jurisdiccional sobre la actuación anticipada. La práctica anticipada de la prueba ha de ser decidida por el juez de la investigación preparatoria a pedido de las partes, lo que significa la exposición de los fundamentos que la sustentan.
- d) La realización de la prueba ante el órgano jurisdiccional. La prueba anticipada se realiza, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, pero bajo la dirección del órgano jurisdiccional y con observancia a las garantías procesales. Se puede realizar durante las diligencias preliminares, la investigación preparatoria o la etapa intermedia (art. 242, incisos 1 y 2).
- d) La formalidad procedimental. En la realización de la prueba anticipada se deben de observar las normas regulares de procedimiento sobre la prueba actuada en el juicio oral, así como las específicas que se prevean para esta diligencia.
- e) La intervención de las partes. Los demás sujetos procesales deben ser notificados por el órgano jurisdiccional para intervenir en la diligencia y ejercer los derechos que establece la ley procesal.

7.1.2 Supuestos de prueba anticipada.

El art. 242.1 del Código Procesal Penal establece los casos de la práctica de la prueba anticipada:

- a) En el caso de testigos y peritos, cuando requieran ser examinados con urgencia ante la existencia de un motivo fundado en enfermedad u otro grave impedimento; o por haber sido expuestos a la violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. Se considera además la posibilidad del debate pericial.
- b) El careo bajo los supuestos señalados anteriormente.

- c) Los reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta el juicio oral.
- d) Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por los delitos de trata de personas, violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor. Estas deberán realizarse con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público, las que deberán grabarse para evitar la revictimización de los agraviados.
- e) Las declaraciones de testigos o exámenes de peritos en casos de delitos de criminalidad organizada y contra la administración pública previstos en los artículos 382-401 del Código Penal.

7.1.3 Requisitos y trámite de la prueba anticipada (arts. 243-245)

- a) Se solicita al juez de la investigación preparatoria, durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, hasta antes de remitir la causa al juzgado penal, siempre que exista el tiempo suficiente para realizar la diligencia.
- b) Se deberá precisar la prueba a actuar, los hechos que son su objeto y las razones de su importancia para la decisión judicial, es decir, la trascendencia para la sentencia. Se debe de indicar el nombre de las personas a intervenir en la diligencia.
- c) Se deberán señalar los sujetos procesales constituidos y su domicilio procesal.
- d) El fiscal asiste obligatoriamente a la audiencia y debe de exhibir la carpeta fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.
- e) El juez corre traslado por 2 días a las partes para que presenten sus consideraciones.
- f) El fiscal puede pedir el aplazamiento de la diligencia cuando pueda perjudicar la realización de otras diligencias de la in-

investigación preparatoria. Fundamentará e indicará el término del aplazamiento.

- g) En ambos casos, el juez resolverá en 2 días. En casos urgentes, el plazo podrá abreviarse, incluso, a pedido del fiscal podrá actuarse la diligencia de inmediato sin traslado alguno.
- h) La resolución que disponga la prueba anticipada indicará el objeto de prueba, las personas interesadas, la fecha de la audiencia –salvo los casos de urgencia– la que no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se cita a todos los sujetos procesales.
- i) Si se trata de la actuación de varias pruebas se realizarán en una sola audiencia, salvo que sea manifiestamente imposible.
- j) La audiencia se realiza en acto público con presencia obligatoria del fiscal y del defensor del imputado. Si este no concurre, se designará defensor de oficio, empero se podrá aplazar la audiencia dentro del plazo del quinto día siguiente.
- k) Las pruebas se practican con las formalidades del juicio oral.
- l) Se realiza la prueba en la misma audiencia, pero puede continuar al día siguiente hábil.
- m) El acta, los objetos y los documentos agregados serán remitidos al fiscal para su evaluación y empleo. Las partes pueden conocer del mismo y obtener copia.
- n) Las resoluciones judiciales que ordena la prueba anticipada, que la deniega, que dispone su aplazamiento o su realización de urgencia, pueden ser impugnadas (art. 246).

7.2 La prueba preconstituida

La llamada *prueba preconstituida*⁽¹⁴⁶⁾ aparece –al igual que la prueba anticipada– como otra institución procesal por la cual se exceptúa la práctica de la prueba en el juicio oral, porque esta es irreproducible, dada la existencia de circunstancias especiales de su obtención y atendiendo a

⁽¹⁴⁶⁾ ASENCIO MELLADO, J. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., véase pp. 160 y ss.

la necesidad propia de la investigación preliminar, pero con observancia de los principios de inmediación y contradicción.

La prueba preconstituida es aquella que se obtiene como consecuencia de los actos investigatorios, sobre todo de las investigaciones iniciales, y solo podrán convertirse en actos de prueba si se reproducen en el juicio oral y se someten al contradictorio⁽¹⁴⁷⁾. En este sentido, “los límites a su admisibilidad, el valor probatorio que se haya de asignar o no en cada caso a los diferentes actos, los requisitos exigibles, las causas concretas y sus condiciones para constatar la irrepitibilidad, etc., no pueden ser estudiados salvo sobre la base del respeto a los principios de inmediación y contradicción que son los que han de circunscribir la recepción de dichas excepciones a un ámbito específico en función del papel actual del imputado como sujeto y no como objeto del proceso”⁽¹⁴⁸⁾.

Pueden considerarse prueba preconstituida las diligencias propias de la investigación policial: las actas de incautación y de hallazgo; las pericias oficiales practicadas con el carácter de inicial, se incluye por ejemplo, la pericia médico-legal, la necropsia, el levantamiento del cadáver, el reconocimiento personal directo o fotográfico, la prueba de alcoholemia, el llamado dosaje etílico, el recojo de armas u objetos, el examen de huellas o muestras de sangre o sustancias encontradas en la escena del delito, la inspección policial, el registro domiciliario, etc.

La prueba preconstituida –al igual que la prueba anticipada– ingresa al juicio a través de la oralización de la prueba documental para posibilitar su examen con todas las garantías. Sin embargo, a diferencia de esta, su irrepitibilidad es originaria y tiene por finalidad resguardar el material probatorio.

(147) HERNANDEZ GIL, Francisco. “La prueba preconstituida”, en *La prueba en el proceso penal*, AA.VV. Centro de Estudios Judiciales, N.º 12, Madrid, 1993, p. 79. Señala el autor que “entendida la prueba preconstituida como el medio o fuente de prueba preexistente al proceso, o como la prueba que se prepara con anterioridad y fuera del proceso, el concepto no es de fácil aplicación al proceso penal, en el que no rigen los mismos principios que en el proceso civil”.

(148) ASENCIO MELLADO, cit., pp. 255 y ss.

8. LA PRUEBA PROHIBIDA

8.1 Concepto

La prueba para que sea válidamente incorporada y valorada en el proceso penal debe ser lícita, obtenida de acuerdo con la Constitución y las leyes, y merecedora del valor que la autoridad jurisdiccional le asigne. De allí que con el marco del rigor constitucional, se reputa como válida en cualquier ordenamiento jurídico, ya que partimos de la idea básica que la finalidad del proceso penal, conformada por búsqueda de la verdad, no es un fin absoluto, sino que posee un límite: el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

En la doctrina no es uniforme la definición de prueba prohibida. Se suelen plantear diferencias entre prueba prohibida, prueba ilícita y prueba irregular, que dependen del tipo de derecho afectado y el grado de vulneración al derecho, entre otros criterios. Sin embargo, la idea central de la definición de la prueba prohibida, de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, es aquella que se obtiene con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente, y la sanción que establece el mismo código es su ineficacia, es decir, carecen de efecto legal. Además, el artículo 157 establece que “no pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneas para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos”. Están prohibidos entonces los maltratos, el narcoanálisis o suero de la verdad, la hipnosis, el detector de mentiras. En el mismo sentido, se prescribe que el juez “no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (art. 159).

Sin embargo, tal como se encuentra redactado el CPP 2004, nos crea dos grandes interrogantes: ¿cuándo estamos frente a la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales? y ¿existe alguna excepción a la valoración de la prueba ilícitamente obtenida?

En cuanto a la primera interrogante, el término *contenido esencial de los derechos fundamentales* es un concepto impreciso, que no puede establecerse de modo general, ya que debe ser determinado en relación a cada derecho fundamental⁽¹⁴⁹⁾.

Con referencia al segundo punto, en principio debemos distinguir entre obtención e incorporación de la prueba, vinculando esto con las diferencias que existen entre fuente y medio de prueba. La obtención de fuentes de prueba se asocia con la labor investigadora, fiscal o policial, previa e independiente al inicio del proceso, mientras que la incorporación del medio de prueba se encuentra relacionada con el proceso penal en sí mismo. Cuando existe alguna vulneración de una norma de carácter constitucional, en la obtención de la fuente de prueba, tiene como efecto general, la prohibición de su valoración, mientras que en el segundo caso, cuando se produce una violación a una norma de carácter procesal en la incorporación de determinado medio probatorio, esta prueba puede ser valorada, siempre y cuando el defecto sea subsanado, de lo contrario, tendrá el mismo efecto que en el primer caso. Estamos ante el supuesto de la prueba irregular o defectuosa.

En este orden de ideas, debe recordarse lo expresado por el Tribunal Constitucional, en el caso *Cox Beuzeville*⁽¹⁵⁰⁾, donde se refiere:

“(...) a partir de la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso), es posible determinar que la declaración de nulidad de un proceso únicamente acarrea la invalidez de los medios de prueba inherentes al mismo, mas no así de las fuentes de prueba (...)”.

(149) ABAD YUPANQUI, Samuel. *Límites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales*. Themis, tomo II, Lima, 1992, p. 10.

(150) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.º 05822-2007-PHC/TC, considerando segundo.

8.2 Regla de exclusión de la prueba prohibida

La regla general en materia de prueba prohibida es su exclusión tanto de la prueba directa (por ejemplo: cuando una confesión se obtiene mediante torturas) como de la prueba derivada (por ejemplo: cuando producto de una intervención telefónica ilegal se logra incautar droga). La primera a través de la reglas de exclusión; y en el segundo caso, por medio de la teoría del fruto del árbol envenenado. El fundamento para la prohibición de la prueba derivada es que, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad: “De tal manera, no solo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, sino además todas aquellas otras evidencias que son ‘fruto’ de la ilegalidad originaria”⁽¹⁵¹⁾.

La doctrina jurisprudencial estadounidense en el caso *Weeks vs. US* en 1914 introdujo contundentemente la denominada *exclusionary rule* o reglas de exclusión, según la cual la evidencia obtenida, con violación de la Constitución Política de los Estados Unidos, es inadmisibles ante el Tribunal en un proceso criminal. Dicha regla se configuró con el fin de desincentivar la obtención de una prueba en contravención con la cuarta y quinta enmiendas del *Bill of Rights* (protección en relación a las pesquisas y aprehensiones poco razonables y el derecho de la no autoincriminación). Además, una prueba obtenida ilegalmente y utilizada dentro de un proceso judicial para sustentar una sentencia de culpabilidad, resulta lesivo al principio del debido proceso.

Sin embargo, esta regla, de carácter absoluto, en un inicio fue perdiendo fuerza y resultó objeto de fuertes cuestionamientos en torno al favorecimiento de la impunidad de los delitos, al considerarse que entorpece la acción de la justicia cuando se declaran inadmisibles algunas pruebas que son determinantes en la responsabilidad de los agentes. La misma jurisprudencia norteamericana se encargó de instaurar las llamadas *excepciones a la regla de exclusión*.

(151) CARRIO, A. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., pp. 163-164.

8.3 Excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida

La doctrina⁽¹⁵²⁾ distingue, en la evolución del Derecho norteamericano, tres etapas:

- De 1886 a 1961, como “... período de expansión de la *exclusionary rule*, que prohíbe la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, y que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta...”.
- De 1961 a 1984, como período de progresivo reconocimiento de excepciones que flexibilizan la rigidez de la regla de exclusión.
- De 1984 en adelante, caracterizada por la introducción de la excepción de buena fe (“*good-faith exception*”).

A continuación, nos referiremos brevemente a las excepciones más importantes.

Para el caso de la prueba directa:

- a) *La doctrina de la ponderación de intereses*. Desarrollada fuertemente por el derecho europeo continental, sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia o gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El *balancing test* es la adaptación estadounidense de tal excepción. Esta doctrina consiste en “hacer valer una prueba ilícita con base en criterios de proporcionalidad”.

Esta *excepción a la regla de exclusión* aparece como una de las más aceptadas en la jurisprudencia extranjera y nacional, pues se ubica en una posición intermedia que propugna resolver

(152) Citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. “Las reglas del Juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* N.º 9, 1996. pp. 55-211.

la problemática de la prueba ponderando los intereses en conflicto. Así pues, conforme a esta teoría existe un interés público en descubrir la verdad de los hechos que se investigan con el principio de la tutela judicial, y en la que se reconoce el derecho de las partes a la prueba. Entonces, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor jerarquía deben ser admitidas en el proceso, pero sin perjuicio de la investigación y sanción civil o penal que pudieran corresponder. En este sentido, la coacción o amenaza empleada contra una persona investigada por delito de secuestro, resulta de inferior valor respecto a la vida del secuestrado que se logró salvar por confesión de aquel; o la intervención telefónica sin mandato judicial, pero que permite ubicar a unos niños rehenes; lo que hace sopesar el bien jurídico “intimidación” de uno de los personajes en la comunicación, con el bien “vida” que se logra salvar, con lo que se determina una posición favorable para el segundo caso.

Sin embargo, se ha criticado esta posición porque parte del error de considerar la existencia de un relativo derecho a la prueba desde la Constitución, cuando esta consagra la prueba legal, lícita en obtención y práctica; además, cuesta mucho aceptar una ponderación de intereses luego de realizada la conducta ilícita.

- b) *La doctrina de la buena fe.* Admite la posibilidad de valorar una prueba ilícitamente obtenida, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia (caso León vs. US 1984). Por ejemplo, cuando la policía escucha gritos de dolor dentro de un domicilio y al ingresar, pensando salvar a una persona, encuentra a unos sujetos consumiendo drogas con menores de edad.
- c) *Efecto de la prueba ilícita para terceros.* - Las pruebas obtenidas directamente mediante violación de derechos constitucionales, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a imputados no afectados por la violación del derecho fundamental, pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho constitucional y la condena.

- d) *Doctrina sobre la infracción constitucional beneficosa para el imputado.* Admite la posibilidad de valorar una prueba ilícita que pueda ser utilizada a favor del imputado. Esta es la única excepción expresa a las reglas de exclusión que se encuentra regulada en el NCPP, en el artículo VIII.3: “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.
- e) *Doctrina de la destrucción de la mentira del imputado.* Admite la validez de la prueba solo para descalificar la declaración del imputado (a fin de confrontarlo) atacando su credibilidad, pero nunca para acreditar su culpabilidad. Por eso, no sería propiamente una *excepción a las reglas de exclusión* (caso *Walder vs. US* de 1954).

En el caso de la prueba derivada tenemos:

- a) *Teoría de la fuente independiente.* Se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación de derechos constitucionales, siempre que se pueda llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legales, por ejemplo, el imputado confiesa, bajo torturas, el lugar donde se encuentra el secuestrado; sin embargo, podríamos haber dado con el paradero de la víctima mediante la declaración de un testigo.
- b) *Teoría del descubrimiento inevitable.* Esta teoría se desprende de la primera (teoría de la fuente independiente) y se aplica cuando las consecuencias del acto ilícito (confesión, bajo torturas al imputado, del lugar donde se encontraba muerta la víctima) se hubieran obtenido indefectiblemente (existía una exhaustiva investigación en curso). Caso *Nix vs. Williams* (1984).
- c) *Teoría del nexos causal atenuado.* Las acciones posteriores a la prueba ilícita van perdiendo relación con aquella, la proyección del vicio inicial se va atenuando hasta que se llega a diluir por completo. Esta excepción no niega la existencia de un nexos cau-

sal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado que posibilita la utilización en el proceso de la prueba derivada. Caso Wong Sun vs. US (1963).

Estas *excepciones a las reglas de exclusión* a las cuales hemos hecho referencia, constituyen una opción política por parte de los Tribunales de Justicia –cuyo fundamento es la eficiencia del sistema penal, evitar la impunidad–, las cuales se van adecuando y desarrollando conforme van evolucionando los criterios sociales. Siempre deben ser tomadas como *excepciones*, sin olvidar que en la noción de prueba, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

9. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y LOS ACTOS DE PRUEBA. DIFERENCIAS

La doctrina permite la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, para separar las etapas y a las autoridades judiciales relacionadas con la actividad probatoria en el proceso penal. Su naturaleza, fines y alcances son distintos: al fiscal le compete asumir los actos de investigación en la fase preliminar y preparatoria; al juez los actos de prueba en el juicio oral.

Siguiendo a ORTELLS RAMOS para tratar de las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba⁽¹⁵³⁾, podemos afirmar lo siguiente:

- a) El acto de investigación forma parte de la investigación judicial y sirve a sus funciones, mientras el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de este.
- b) La eficacia de los actos de investigación permiten proveer el fundamento necesario para que el juez dicte resoluciones sobre medidas cautelares, peticiones, incidentes, archivo o apertura del juicio oral. La eficacia de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia.

(153) ORTELLS RAMOS, Manuel, y MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T. III, cit., p. 151.

- c) Otra diferencia se centra en la calidad de las resoluciones judiciales que se fundan en los actos de investigación y en los actos de prueba. Las proferidas respecto a las medidas cautelares o la de apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento) no precisan que la situación definitiva del procesado, sino es suficiente un juicio de mera probabilidad al respecto. Los actos de prueba determinan la sentencia; y solo la plena convicción sobre la responsabilidad penal permite una resolución condenatoria, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a una absolución.
- d) En los actos de prueba deben respetarse escrupulosamente los principios de inmediación y contradicción, los cuales adquieren mayor intensidad. En los actos de investigación, la intensidad de estos principios disminuye.

En definitiva, se trata pues de dos clases de actos de naturaleza fiscal y judicial para alcanzar el debido esclarecimiento de los hechos; ambos realizados en dos momentos distintos, cuyo grado de convicción son separados. Esto significa que, por regla general, los actos de investigación no puedan tener eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral. La prueba entonces ha de practicarse en el juicio oral desde los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad, principalmente.

Entonces, conforme a la legislación vigente, *los actos de investigación preliminar* son aquellos practicados por la Fiscalía o la Policía, o por la policía con la dirección de la Fiscalía. Su finalidad es investigar la existencia de elementos fácticos sobre un hecho denunciado como delito y de la persona denunciada o imputada por el mismo, donde si bien puede resultar que dicha investigación es satisfactoria y hasta suficiente en sus objetivos para aquellos, solo es posible continuar con la *investigación preparatoria* por el mismo fiscal. Tanto la preliminar como la preparatoria son investigaciones con características propias: son formales, útiles para la toma de decisiones sobre medidas cautelares, para la ampliación por otros delitos u a otras personas, para que las partes

tomen conocimiento de lo que sucede en la investigación. Las diligencias son taxativas, pues solo se practican las que se encuentran reguladas en la ley. Son de naturaleza reservada, lo que exige de los sujetos procesales a guardar la reserva de lo que acontece en la diligencia, etc.

En cambio, *los actos de prueba* se materializan en el juicio oral, en que los argumentos de imputación que significa la acusación fiscal van a ser sometidos a la contraargumentación de la defensa, pero, además, todos los elementos de prueba se van a actuar para la respectiva valoración por el órgano jurisdiccional y la expedición de la sentencia.

Capítulo II

MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. LA CONFESIÓN

Una de las instituciones con mayor relevancia en el proceso penal en los últimos años es la confesión. Esta se produce durante la fase de investigación (preliminar o preparatoria) y de juzgamiento, incluso en los mecanismos de culminación anticipada del proceso (terminación anticipada y conformidad). La confesión en el proceso penal es el acto procesal por el cual el imputado presta una declaración personal ante la autoridad judicial, sea en la investigación o en el juzgamiento, de manera libre, consciente, espontánea y verosímil sobre su participación como autor o cómplice en el hecho delictivo que se investiga.

Al tratarse de una manifestación voluntaria del imputado de dar a conocer al juez que cometió un delito, sin que se exija mayor rigurosidad, es necesaria su posterior verificación con otros medios de prueba. Sin embargo, se acepta también la *retractación* de la confesión, es decir, volver a declarar para negar lo confesado anteriormente, ello hace que no se estime como medio de prueba.

El Código lo regula expresamente en los artículos 160 y 161, en que resalta la presencia de dos formas de confesión: 1) la confesión en el sentido de aceptación de cargos, es decir, consiste “en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra” (art. 160); y 2)

la confesión sincera, cuando “adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso ...” (art. 161).

La confesión exige determinados presupuestos⁽¹⁵⁴⁾ a fin de ser considerados en la valoración de la prueba y que están referidos al sujeto, objeto o contenido, y a la forma. En tal sentido, el art. 160 establece que la confesión solo tendrá valor probatorio en los siguientes casos:

- a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción.
- b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas.
- c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado.

Conforme a lo dispuesto en el art. 161 de la ley procesal, el legislador ha querido privilegiar a la confesión sincera, es decir, aquella que se practica de manera voluntaria, ante la autoridad fiscal o judicial, con muestra de arrepentimiento y con la posibilidad de alcanzar una indulgencia del juzgador. Esto permite la disminución de la sanción penal, pues, en estos casos, “el Juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal”.

1.1 Características

De lo expuesto en la ley y de los alcances que da la doctrina podemos señalar las siguientes características:

- a) Se trata de un acto procesal personal e intransferible. La confesión la hace el imputado y no a través de su defensor o de tercera persona. Tampoco tiene validez un documento

⁽¹⁵⁴⁾ Ya MITTERMAIER señalaba otros presupuestos como la verosimilitud, la credibilidad la precisión, la persistencia y la uniformidad (Tratado de la prueba en materia criminal, cit., pp. 271 y ss).

notarial ni carta, audio o video en donde se exprese la declaración del delito.

- b) Se presta ante la autoridad judicial competente, es decir, ante el juez en la etapa del juzgamiento o ante el fiscal en la fase de investigación, en presencia de su abogado defensor. La declaración sobre la realización de un delito ante la autoridad policial, sin contar con la presencia del fiscal y del defensor del imputado, no constituye, en sentido estrictamente jurídico procesal, una confesión.
- c) La confesión puede prestarse en cualquier momento del proceso penal, incluso hasta antes de leerse la sentencia, pero debe anotarse que la prontitud y espontaneidad de la confesión puede significar la posibilidad de reducción de la sanción penal por el juzgador. También es posible la confesión del delito con ocasión de incoarse el proceso inmediato o aceptarse la conformidad penal, en cuyo caso el acusado podrá confesar ante el órgano jurisdiccional la comisión del delito y aceptar los términos de la acusación fiscal.
- d) La confesión debe ser declarada por el imputado de manera libre, es decir, por decisión personal exclusiva, sin ninguna forma de coacción o promesa. La declaración recibida bajo algún tipo de amenaza, presión tortura o promesa no constituye confesión ni puede ser considerada como medio probatorio (art. 2, inc. 24, leteral h), de la Constitución).
- e) Debe ser consciente que va ligada a la libertad de declaración. Ello significa que el imputado debe darse cuenta del reconocimiento de su autoría o participación en el delito; debe tener la capacidad de reflexión sobre su actuar, sobre los móviles y consecuencias. De allí que se exija que se preste “en estado normal de las facultades psíquicas” (art. 160.2.c).
- f) La confesión debe ser espontánea, es decir, expresada con naturalidad, con iniciativa propia del imputado; en la forma común de expresarse y sin mediar alguna forma de motivación, salvo la de declarar el delito incurrido de manera

- personal. La espontaneidad debe presidir la declaración; debe permitirse al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para explicar los hechos incriminados⁽¹⁵⁵⁾.
- g) Además, debe exigirse no solo que se admita su autoría o participación, sino también proporcionar la motivación, los detalles del mismo, o la forma en que se realizó el delito, antes, durante y después de su perpetración.
 - h) La confesión debe ser cierta, verosímil, es decir, susceptible de credibilidad, de consideración racional. La declaración debe presentar las características de ser posible con arreglo a la experiencia o a las condiciones del imputado, a las circunstancias de los hechos, al desarrollo lógico de las cosas.
 - i) La confesión debe ser corroborada con otros medios probatorios. En este sentido, la sola autoinculpación sin existir prueba que lo reafirme, resulta insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria⁽¹⁵⁶⁾.

1.2 Confesión sincera y espontánea

La doctrina y la legislación comparada reconocen en la confesión una institución procesal que permite premiar al imputado por confesar su delito, no solo porque reconduce y centra la investigación en la verificación de los datos que proporciona, sino porque, además, significa una actitud de arrepentimiento del imputado por el delito cometido, que debe ser apreciada por el juzgador. A diferencia de la legislación procesal anterior que posibilitaba la reducción a *límites inferiores* al mínimo conminado en la ley penal, el CPP 2004 pone un límite a la reducción de la pena por confesión sincera, la misma que puede ser “hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal” (art. 161). En tal sentido, si el extremo mínimo de la pena para el delito es de seis años y se produjera la confesión sincera, el juez podrá reducir la sanción hasta dos años de dicha pena quedando en cuatro.

(155) RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*, cit., p. 203.

(156) Ej. Suprema de 11 de abril de 1988, II S. P. Exp. N.º 840-87, Lima.

Sin embargo, hay que precisar que la reducción de pena por confesión no se debe producir si el imputado fue intervenido en flagrante delito o existe suficiencia probatoria, pues tales circunstancias hacen irrelevante la confesión; asimismo, la norma establece que tampoco operará la reducción cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual, conforme los términos de los artículos 46-B y C del Código Penal. Dicha inaplicabilidad del beneficio se amplía al delito de Femicidio (108-B), a los delitos previstos en los artículos 153 y del 153-A hasta el 153-J del Código Penal, y a los capítulos IX (Violación de Libertad Sexual), X (proxenetismo) y XI (Ofensas al Pudor) del título IV del Libro Segundo del C.P.

1.3 La retractación de la confesión

El imputado puede confesar ser autor o partícipe de un delito, siguiendo todas las formalidades de la ley, pero también puede, posteriormente, retractarse de su dicho y expresar en su posterior declaración que es inocente o que tuvo distinta participación en el hecho punible.

Corresponderá al juez valorar el sentido de tales declaraciones a la luz de las pruebas existentes en el proceso penal, aunque desde ya es demostrativo de un elemento propio de la personalidad del imputado. Confesión o no, su declaración debe ser objeto de comprobación en el proceso, principalmente en la fase de actuación de pruebas, es decir, en el juicio oral.

2. LA PRUEBA TESTIMONIAL

La naturaleza del delito o las circunstancias en que ocurrió, muchas veces no permiten encontrar suficientes elementos probatorios, por lo que se acude generalmente a la búsqueda de elementos indiciarios aportados por el procesado, si se encuentra presente en el proceso, empero, si no fuera así, la declaración de las personas que presenciaron los hechos o de las víctimas del delito, resultan de trascendental importancia, pues de su contenido, igualmente, se podrán obtener los elementos de prueba que se requieren en el proceso para alcanzar sus objetivos.

En la actualidad, la prueba testimonial constituye una de las pruebas de mayor recurrencia en el proceso y, por cierto, la base probatoria que puede decidir un caso penal. Para RAMOS MÉNDEZ⁽¹⁵⁷⁾, uno de los elementos típicos de la investigación en el proceso penal es recurrir a las declaraciones de las personas que en una u otra forma puedan tener conocimiento de los hechos o puedan aportar datos de utilidad para la instrucción de la causa.

La prueba testimonial significa la puesta en conocimiento ante la autoridad fiscal o jurisdiccional de los hechos o circunstancias relacionadas con el delito, o la información que guarde relación con el presunto autor, o con los medios utilizados o los efectos del delito.

La declaración del testigo debe recibirse con cautela y bajo criterios relativos al objeto de prueba y de quien lo propone; debe ser verificada y analizada; se exige que sea fidedigna, con coherencia, objetiva y con ausencia de subjetividad. Debe recibirse lo más pronto posible a fin de evitar el olvido de los detalles o circunstancias del delito por parte del testigo.

2.1 El testimonio

El *testimonio*, en sentido amplio, aparece como una manifestación humana de un conocimiento pretérito y el término se emplea para dar razón de un hecho percibido a través de los sentidos. Puede ser histórico, político, científico, religioso, social o judicial⁽¹⁵⁸⁾. Este último es el que nos interesa por cuanto es aquel que se presta ante un órgano judicial con fines probatorios.

El testimonio judicial es la declaración que una persona llamada testigo hace ante la autoridad judicial respecto de un hecho del que ha tenido conocimiento. El testimonio permite informar al juez sobre determinados hechos que desconoce.

El testigo es la persona física que se encuentra presente al momento de la comisión del delito y que es llamada al proceso penal para que declare

(157) RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Lectura Constitucional, Barcelona, 1993, cit., p. 204.

(158) RODRÍGUEZ, O. *El testimonio y sus problemas*. Temis, Bogotá, 1985, p. 3.

sobre lo que conoce de los hechos que se investigan. Como lo afirma CARNELUTTI, los testigos se encuentran en el *ambiente del delito* y el juez, por el contrario, en el *ambiente del juicio*⁽¹⁵⁹⁾. Es la persona llamada a “referir su declaración sobre todo lo que ha visto, oído o palpado o, en fin, de todo aquello que ha llegado a él por medio de los sentidos, de un hecho pasado presumible punible y objeto de averiguación”⁽¹⁶⁰⁾.

El testigo es pues la persona que se encuentra presente al momento del delito, que puede conocer de otros elementos de prueba o ser fuente de prueba, pero que adquiere singular importancia cuando ante la autoridad judicial expresa lo que ha visto, oído o percibido del mismo. Por ello, su declaración debe ser objetiva y concreta. No se debe admitir que exprese opiniones o conceptos que de manera personal tenga respecto de los hechos que relata, salvo que se trate de un testigo técnico (art. 166.3).

En cuanto a la valoración del testimonio, la misma ley procesal establece la posibilidad de verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, en cuyo caso se realizarán las indagaciones necesarias e, incluso, la realización de las pericias que correspondan. Se faculta al juez a decidirla de oficio (art. 162.2).

2.2 Características del testimonio

Mencionamos las siguientes:

- a) Es una declaración de conocimiento realizado por persona física, con capacidad legal.
- b) Constituye una declaración verbal prestada ante el fiscal o juez competente sobre lo que conoce de la comisión del delito o de las circunstancias que rodean al mismo. La ley señala que tal declaración “versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba” (art. 166.1). La oralidad es la regla en el procedimiento penal.

(159) CARNELUTTI, F. *Lecciones...* cit., p. 15.

(160) RODRÍGUEZ O. cit., p. 4.

- c) No debe mediar forma alguna de coacción en la declaración testimonial. El testimonio debe ser libre de promesas o amenazas.
- d) El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos sobre los cuales podría surgir su responsabilidad penal, alcanzando tal derecho cuando su declaración pueda incriminar a su cónyuge o parientes cercanos (art. 163.2). Se trata de un derecho del testigo en virtud del cual se puede abstener de declarar.
- e) La declaración testimonial debe producirse con las formalidades que exige la ley procesal.
- f) Es ofrecida por las partes conforme al avance de la investigación.
- g) El testimonio puede ser espontáneo o provocado. Es *espontáneo* cuando se presta ante la autoridad sin previo pliego de preguntas y en donde el testigo expresa en sus propios términos –y de la manera que es más cómoda– su conocimiento sobre los hechos. Corresponderá a la autoridad la formulación de las preguntas pertinentes una vez terminada la exposición del testigo. Tratará de resaltar los aspectos que por el nerviosismo o la brevedad de la declaración no dijo o no precisó el deponente. Será el *testimonio provocado*, si la autoridad inicia el examen del testigo conforme a un interrogatorio que previamente ha elaborado.
- h) El testimonio puede ser de cargo o de descargo, según sean ofrecidos por las partes dentro del proceso penal.
- i) El testigo colabora con la justicia, es un tercero dentro de un proceso, no puede presentar recursos ni participar en el proceso activamente. No existe prohibición expresa de la ley respecto a que pueda ser acompañado por su abogado (solo presencial), si temiera ser involucrado en la causa penal.
- j) El testimonio del sordo, mudo y sordomudo se realizará formulando las preguntas por escrito; si saben escribir, contestarán de la misma forma, salvo que el sordo pueda contestar oralmente. En todo caso, el fiscal o juez pueden disponer –según sea el caso– la presencia de intérprete o de

persona hábil en el entendimiento con los testigos que tengan tales limitaciones.

- k) El testimonio debe recibirse por separado; la autoridad debe procurar que no exista comunicación entre los testigos (art. 170.3).
- l) El testigo puede ser interrogado por los abogados que intervienen en la diligencia.
- m) La ley procesal, a diferencia del código antiguo, permite el careo entre testigos (art. 182.2), lo que es, en algunos casos, necesario, pues existe la posibilidad de que los testigos de un mismo hecho declaren de manera contradictoria o diferente.

Es del caso señalar que el fiscal o el juzgador para efecto de recibir la declaración testifical debe de examinar con especial atención las características de la persona que declara y las circunstancias que concurrieron en el hecho a fin de fijar su credibilidad y valorar en su momento el contenido de su testimonio.

2.3 Clases de testigos

En doctrina se admite la siguiente clasificación de testigos:

- a) *Testigos directos o presenciales.* Son aquellos que tienen una percepción directa sobre el delito y que se manifiesta a través de la vista principalmente, o de los demás sentidos; así por ejemplo, el testigo que vio el crimen, aquel que escuchó el diálogo entre el imputado y la víctima, los gritos de dolor del agraviado, el ruido de los instrumentos empleados en el delito, o percibió un olor a quemado en lugar próximo a la escena del crimen, etc.
- b) *Testigos indirectos o de referencia.* También se les llama *testigos de oídas*, que son aquellos que expresan conocimiento del hecho por datos suministrados por otras personas o informaciones captadas de medios de comunicación social, de los comentarios de la gente, de las películas, etc. Es el llamado *testigo referen-*

cial que se encuentra regulado expresamente por la ley. En efecto, el art. 166.2 establece que, en estos casos, el testigo “debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo”, incluso se podrá actuar de oficio en el caso de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento; si ello no se produce, no podrá utilizarse dicho testimonio.

- c. *Testigos de conducta*. Son aquellos que acuden ante la autoridad fiscal o judicial, generalmente a pedido del imputado, a fin de aportar elementos de juicio sobre la honorabilidad o buena conducta del imputado.
- d. *Testigos instrumentales*. Son aquellos que acuden al despacho fiscal o judicial para dar fe de algún documento o del contenido del mismo o de la firma que allí aparece.

2.4 Obligación de testimoniar

En principio, todas las personas nacionales o extranjeras, citadas por la autoridad judicial como testigos, tienen la obligación de concurrir a la sede fiscal o judicial, salvo excepciones legales, a prestar su declaración y responder con verdad a las preguntas que se le hagan (art. 163.1).

La ley establece que tratándose de testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado, no pueden ser obligados a revelar el nombre de su informante. Lo que parece lógico en la línea del trabajo que realizan en sus investigaciones, empero, la prohibición no es absoluta, pues pueden mencionar sus nombres y ser llamados a declarar. De allí que en el párrafo siguiente del art. 163.3 se precisa que si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas. Ello confirma la necesidad de respetar el principio de legalidad de la prueba y, además, exige la verificación del testimonio indirecto. En consecuencia, las partes, pero principalmente el fiscal, deben de cuidarse bien de ofrecer tales pruebas si antes no han confirmado la declaración de tales personas informantes.

Conforme al ordenamiento procesal, la autoridad fiscal o jurisdiccional debe citar como testigos:

- a) A las personas ofrecidas por las partes o las que considere el fiscal durante la fase de investigación, y por el juez penal en la fase de juicio oral, aceptadas en la etapa intermedia.
- b) A las personas que el imputado considere necesarias para su defensa o las que especialmente ofrezca para demostrar su probidad y buena conducta.

El número de testigos podrá ser limitado por el juez mediante auto debidamente motivado (art. 155.2). En tal sentido, por ejemplo, deberá considerar la reiteración del testimonio formulado por otros testigos o la coincidencia de lo ya expuesto por otros respecto de un mismo hecho; o los testimonios de vecinos o compañeros de trabajo, que tiene por objeto poner de relieve su buena conducta.

El testigo deberá ser citado por la autoridad fiscal o jurisdiccional, fijándose día y hora para la declaración; si no se presenta, se le hará comparecer *compulsivamente* por la fuerza pública (art. 164.3). Si bien la ley no lo dice expresamente, tratándose de una sola citación, esta debe hacer mención al apercibimiento de conducción de grado o fuerza. También es posible que el testigo se presente espontáneamente (art. 164.2), lo que significará que se levante el acta correspondiente. La autoridad fiscal o judicial decidirá la recepción de su declaración.

Puede afirmarse que el testigo tiene las siguientes obligaciones en el proceso penal:

- a) Obligación de comparecer, cada vez que sea citado por la autoridad fiscal o judicial.
- b) Obligación de identificarse con el documento de identidad respectivo.
- c) Obligación de prestar juramento o promesa de honor.
- d) Obligación de decir la verdad, caso contrario, incurrirá en delito sancionado por la ley penal (art. 409 CP).

2.5 No obligatoriedad del testimonio

La ley también establece que personas no están obligadas a prestar declaración testimonial por razones de parentesco y secreto profesional o de Estado. Se trata de la declaración testimonial facultativa, donde por condiciones personales o circunstancias especiales, el testigo se puede abstener de prestar testimonio. Podemos señalar los siguientes supuestos (art. 165):

- a) *Por razón de parentesco.* Se sustenta en la existencia de relaciones y vínculos familiares, de armonía y concordia en el hogar que exige no obligar a los parientes del inculcado a declarar como testigos. La ley establece que podrán *abstenerse* a rendir testimonio: el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Tal abstención se extiende a los parientes por adopción y respecto de los cónyuges y convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial (art. 165.1). La misma norma señala que las personas mencionadas serán advertidas, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio, en todo o en parte.

En estos casos, primero debe establecerse el grado de parentesco entre el testigo y el inculcado con la documentación respectiva; y luego la autoridad judicial le debe de advertir que no está obligado a prestar testimonio, que puede rehusarse a declarar, en todo o en parte. El testigo decidirá si se somete al examen o presta testimonio solo respecto de algunos aspectos, o contesta algunas de las preguntas que le formulen.

- b) *Por razón de secreto profesional o de Estado.* La razón radica en uno de los fundamentos de la profesión o culto religioso, el secreto de lo que conoce en el ejercicio de sus funciones; el deber de reserva que ha de observar respecto de lo que se le confiere a una persona dentro del ámbito de su función profesional o culto religioso.

Así, no estará obligado el abogado del imputado respecto a los hechos que le hubieren sido confiados por aquel en calidad de defensor; el médico respecto de lo que le hubiera confiado su paciente, quien a su vez es imputado por un delito; el sacerdote sobre lo que hubiere escuchado en confesión del imputado.

Debe recordarse que la Constitución de 1993 establece como derecho fundamental, la reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional (art. 2, inc. 18) e inclusive el Código Penal prevé sanción privativa de la libertad y multa a quien revelare información sujeta a secreto profesional (art. 165).

Conforme al Código (art. 165.2), *deberán abstenerse* de declarar, con las precisiones legales pertinentes, los vinculados por el secreto profesional, los abogados, ministros de culto religioso, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas y otros profesionales dispensados por ley expresa; sin embargo, con excepción de los sacerdotes, los profesionales podrán declarar cuando sean liberados por el interesado de guardar secreto.

La ley también comprende a los funcionarios y servidores públicos que conocen de un secreto de Estado, es decir, de una información considerada como secreta o reservada. En estos casos deberán hacer conocer de ello a la autoridad judicial que los cite. En tales casos, el fiscal o juez deberá pedir información al ministro del sector a fin de verificar si la información requerida se encuentra dentro de los alcances de la reserva de esta ley; si no lo estuviera continuará la diligencia; caso contrario, deberá abstenerse de declarar. Para este último caso, la ley establece que si el juez lo considera imprescindible, a pedido de las partes o de oficio, podrá citar a declarar a los funcionarios públicos que correspondan e incluso al que inicialmente fue citado, a fin de que responda a las interrogantes judiciales (art. 165.3). La razón de esta excepción es bastante obvia, se busca proteger al Estado mismo a través de cualquier información clasificada como reservada o secreta y que compete de manera exclusiva a los funcionarios del más alto nivel.

En todos los casos, estas personas serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, sea en todo o en parte.

3. EL CAREO

El careo se hace necesario cuando en el proceso penal dos o más personas, sean imputados o testigos, deponen sobre hechos que son materia de investigación y surgen contradicciones sobre su contenido, originando discordancia o confusión, ya que se desconoce a quién corresponde el dicho sobre la verdad. Conforme a lo dispuesto por la ley procesal penal, se realizará el careo cuando entre lo declarado por el imputado y lo dicho por otro imputado, testigo o agraviado, *surjan contradicciones importantes* (art. 182.1).

El careo consiste entonces en poner frente a frente a los sujetos que intervienen en el proceso penal para poder esclarecer, mediante el debate, las controversias que han surgido de sus propias declaraciones expresadas ante la autoridad judicial. Se busca reconstruir los hechos que constituyen el objeto del proceso o de una parte de él a partir de las propias discrepancias que existen en las declaraciones⁽¹⁶¹⁾.

La legislación anterior posibilitaba una confusión entre los términos *careo* y *confrontación*; sin embargo, el CPP 2004 establece determinadas distinciones. El presupuesto necesario para el careo es que existan contradicciones importantes entre 2 sujetos (entre imputados, imputado / testigo, imputado/ agraviado, entre agraviados, entre testigos), tal como reza el artículo 182; sin embargo, el presupuesto exigible para la confrontación es que existan declaraciones contradictorias de un mismo sujeto en etapas distintas del proceso (artículo 378.8: “Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”).

(161) DEL VALLE RANDICH, L. *Los medios de prueba en el derecho procesal penal*, cit., p. 123.

3.1 Naturaleza jurídica

La doctrina no ha sido uniforme respecto a la naturaleza jurídica del careo. Se puede apreciar una tendencia orientada a considerarla como un medio subsidiario o complementario de prueba, y también, como un medio de prueba. Se sostiene que no se trata de un medio de prueba, sino de un expediente para la valoración de una prueba⁽¹⁶²⁾, que es un “medio complementario y negativo de comprobación al que se recurre para despejar una situación de incertidumbre provocada por manifestaciones discordes”⁽¹⁶³⁾.

También se afirma que el careo constituye una diligencia judicial esencialmente *subsidiaria*⁽¹⁶⁴⁾ que se realiza cuando se constatan contradicciones, divergencias o desacuerdos en las declaraciones judiciales prestadas por los inculpados o entre ellos y los testigos, y resulta necesaria para el debido esclarecimiento de tales declaraciones. De ahí que no se le considera como un medio de prueba, sino como un instrumento para constatar declaraciones vertidas en el proceso o factor valorativo de la declaración testimonial.

Por otro lado, se ha sostenido que se trata de un medio de prueba, ya que, a través de dicha diligencia, el juez puede llegar a obtener la verdad de los hechos, pues no se trata de una simple declaración ratificatoria de discrepancias sino de la oportunidad en manos del juez para “exigir que den razón de sus afirmaciones, y luego establecer, dentro de su función eminentemente prudente y psicológica, quién es la persona que encara con mayor precisión, dando detalles, precisando conceptos, aclarando ideas y probando sus afirmaciones, y sobre todo empleando un tono convincente o dubitativo frente a su confrontado”⁽¹⁶⁵⁾.

(162) MANZINI, V. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T. 4, traducción de Santiago Sentís M. y M. Ayerra, EJEA, Buenos Aires, 1953, p. 214

(163) Véase OMEBA, *Enciclopedia Jurídica*, T. XX, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 699.

(164) MONTÓN REDONDO, A., *Proceso Penal*, obra colectiva, con Montero A., cit., p. 180, 299.

(165) DEL VALLE RANDICH, L. *Los medios de prueba en el derecho procesal penal*, cit., p. 124.

3.2 Características del careo

- a) El objeto principal del careo es poder despejar la incertidumbre creada ante las declaraciones vertidas por los imputados y testigos en el proceso penal. En tal sentido, la discrepancia y el esclarecimiento constituyen el objeto principal de la confrontación⁽¹⁶⁶⁾.
- b) Se posibilita el careo entre testigos, a diferencia de la ley anterior.
- c) No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su abogado defensor lo solicite expresamente (art. 182.3)⁽¹⁶⁷⁾.
- d) En la diligencia, el juez les preguntará a las partes si confirman o modifican su declaración anterior y las invitará, si fuera necesario, a referirse recíprocamente a sus versiones (art. 183.1). Es decir, a que se expresen directamente, entre sí, sobre lo que ellos sostienen.
- e) Seguidamente el fiscal y las demás partes podrán interrogar a las personas sometidas a careo sobre los puntos materia de contradicción y que determinaron la procedencia de la diligencia. En tal sentido, fijados los puntos controvertidos, solo se formularán preguntas que guarden relación con lo dicho, salvo que del mismo careo surja la necesidad de repreguntas sobre temas conexos.
- f) La autoridad judicial valorará el careo conjuntamente con las demás pruebas actuadas, en especial, con las referidas anteriormente por ellos. De tal manera que si se acredita la falsedad del testimonio, este carecerá de valor probatorio.
- g) Debe afirmarse la importancia de los principios de inmediación y contradicción expuestos en la diligencia de careo.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibidem*, p. 125.

⁽¹⁶⁷⁾ Que ya había sido dispuesto por la Ley N.º 27055 que modifica el código procesal antiguo.

4. LA PRUEBA PERICIAL

4.1 Concepto

La especialización y el adelanto del conocimiento científico hace vital este medio probatorio en la dinámica del proceso penal. FLORIÁN⁽¹⁶⁸⁾ la define como “el medio de prueba que se emplea para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica”. En tal sentido, la procedencia de la prueba pericial se encuentra regulada en el artículo 172 del Código: “La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”. Asimismo el Código establece la posibilidad de ordenar una “pericia cultural” en el supuesto del artículo 15 del Código Penal (error de comprensión culturalmente condicionado), la cual tendrá como objeto las pautas culturales del imputado (art. 172.2).

Las reglas que se establecen para la prueba pericial y la prueba testimonial son distintas. El legislador se pone en el supuesto de la persona que declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque utilice para informar aptitudes especiales, el conocido como “testigo técnico” por ejemplo: un policía, experto en balística, que fue testigo presencial de un asalto a mano armada) y establece que regirán las reglas de la prueba testimonial.

4.2 El perito

El *perito*, a diferencia del testigo, no es llamado a declarar sobre hechos que conoce por su propia experiencia, sino por el conocimiento específico que posee. Prevalece fundamentalmente el elemento técnico. El perito es un órgano de prueba que nace desde el proceso penal mismo, mientras que el testigo existe con independencia de él.

⁽¹⁶⁸⁾ FLORIÁN, Eugenio. *De la pruebas penales*. Tomo II, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 351.

El artículo 173.1 dispone que el *nombramiento del perito* será realizado durante la etapa de investigación preparatoria, por el juez competente. En los casos de prueba anticipada, los peritos pueden ser nombrados por el juez o el fiscal; asimismo, establece el siguiente orden de prelación: se escogerá a los especialistas donde los hubiere y entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente, y de no existir este tipo de profesionales, se tomará en cuenta a los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La norma procesal –a diferencia de la legislación anterior– establece que solo se nombrará a *un perito*; sin embargo, se podrán elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas y, para ello se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes (art. 173.1). En el mismo texto⁽¹⁶⁹⁾, se establece que la labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que prestarán su auxilio gratuitamente.

El perito designado tiene la obligación de ejercer el cargo, salvo que esté incurso en alguna causal de impedimento (incisos 1 y 2, artículo 165, que regula las causales de abstención de declarar por parte de los testigos). Debe ejercer sus funciones con objetividad e independencia, para lo cual prestará juramento. Esa es la oportunidad para mencionar si le asiste algún impedimento. El perito, en virtud de la función que le toca desempeñar, tiene acceso al expediente –técnicamente hablando a

⁽¹⁶⁹⁾ El artículo 173.2 fue modificado por la única Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1152, publicado el 11.12.2012. También se establece que “podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o firmas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes”.

la carpeta fiscal– y a las demás evidencias para lograr su cometido. Debe guardar reserva bajo responsabilidad (art. 176).

Según el artículo 174, la disposición (fiscal) o resolución (judicial) de nombramiento del perito, precisará: a) el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y b) el plazo para la entrega del informe pericial, para lo cual se escuchará a los peritos y las partes.

Una vez producido el nombramiento de los peritos oficiales, los sujetos procesales pueden nombrar, por su cuenta, a los peritos que estimen necesarios. En ese caso, estaremos ante los llamados *peritos de parte*, quienes se encuentran facultados a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje.

4.3 El informe pericial

El informe pericial es el resultado del trabajo realizado por el perito, que contiene su opinión, la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos o técnicos en que se basa. En nuestra nueva legislación, la presentación del informe pericial reviste un carácter formal.

El artículo 178 prescribe el contenido del informe pericial en los siguientes términos: a) el nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria; b) la descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje; c) la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; d) la motivación o fundamentación del examen técnico; e) la indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; f) Las conclusiones; y g) la fecha, sello y firma. Asimismo, menciona que el informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad penal o no del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso, ya que no es función del perito dicha determinación sino ilustrar al juzgador respecto de un tema en particular, por el cual ha sido nombrado.

¿Qué sucede en el caso de discrepancia entre peritos? En el caso que existan varios peritos oficiales y estos discrepen, cada uno presentará su respectivo informe pericial. En el supuesto que el perito de parte discrepe con las conclusiones del informe pericial oficial, puede presentar su propio informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178. En este caso se debe poner en conocimiento del perito oficial para que se pronuncie.

4.4 El examen pericial

La prueba pericial debe ser incorporada al proceso penal mediante la declaración de los peritos en juicio oral. El examen a los peritos debe estar orientado a la explicación de las conclusiones a las cuales se han arribado.

Según el artículo 378.5, el examen del perito se iniciará con la exposición breve del contenido y las conclusiones del informe pericial. De ser necesario el juez ordenará su lectura. Seguidamente se le exhibirá el informe y se le consultará si corresponde al que ha emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación, se le pedirá que explique las operaciones periciales que han realizado, y será interrogado por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

De existir informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, inclusive de oficio, en el curso del acto del juicio oral un debate pericial, y de existir discrepancia entre un informe pericial oficial y uno de parte, el debate pericial es obligatorio.

5. LA PRUEBA DOCUMENTAL

5.1 Concepto

Para CARNELUTTI, el documento constituye una prueba histórica, esto es, “*un hecho representativo de otro hecho*”. Agrega: “si el testigo es una persona, que narra una experiencia, el documento puede ser definido como *una cosa, por la cual una experiencia es representada*; aquí

el objeto de investigación debe ser la diferencia entre la *representación personal* y la *representación real*⁽¹⁷⁰⁾.

El documento es todo aquel medio que contiene –con el carácter de permanente– una representación actual, pasada o futura, del pensamiento o conocimiento, de una aptitud artística, de un acto, de un estado afectivo, de un suceso o estado de la naturaleza, de la sociedad o de los valores económicos, financieros, etc., cuya significación es identificable, entendible de inmediato y de manera inequívoca por el sujeto cognoscente.

El documento no solo se identifica con algún acto escrito, sino comprende a todas aquellas manifestaciones de hechos, como las llamadas instrumentales, (cinta magnetofónica, vídeo, disquetes, slides, fotografías, caricaturas, planos, representaciones pictóricas, pentagramas, estampillas, cartas, fax, telegrama, códigos de comunicación, fórmulas, etc.). En materia civil se establece que documento es un escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (art. 233°).

5.2 El documento como objeto y medio de prueba

El documento puede ser considerado *como objeto de prueba*, pues para su incorporación al proceso y su valoración posterior requieren de previa observación, identificación y análisis. Debe de existir una relación directa o indirecta entre el hecho que se investiga con el documento que se pretende considerar dentro del proceso. Por ejemplo, la carta extorsionadora, el dibujo de la escena del crimen, en el delito de secuestro o robo; la carta del imputado o del testigo, etc. De tal manera que el documento como objeto de prueba nos permite identificar los hechos que se relacionan con la imputación misma. Así, el documento es el centro de la investigación.

El documento como *medio de prueba* aparece cuando su contenido se apoya en declaraciones o en informes de personas dentro del proceso judicial. Son aquellos documentos que forman parte del proceso y que por sí mismos merecen valor en tanto se relacio-

(170) CARNELUTTI, F. *Lecciones*, T. I, cit., pp. 302 y 311.

nen con el hecho sujeto a investigación: declaración del imputado, testimonial, pericia, etc. En tal sentido, el documento como medio de prueba se relaciona necesariamente con el órgano de prueba. El artículo 184 de la ley procesal establece que “se podrá incorporar al proceso todo documento que pueda servir como medio de prueba. Quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento...”.

Como se puede apreciar, el documento tiene naturaleza representativa, pero además, posee la singularidad de ser un medio de comunicación, pues la relación entre el sujeto cognoscente y la fuente de prueba se manifiesta a través del contenido del documento; también tiene naturaleza permanente ya que su existencia es por tiempo indeterminado, en tanto el documento no sufra algún deterioro, adulteración o desaparición. También tiene carácter objetivo dado que existe real e independientemente de la persona de su autor.

De lo que se afirma, también podemos sostener que el documento tiene la finalidad de preservar de forma fidedigna y fiel aquello que representa. Y dentro de dicha finalidad genérica, se establecen dos finalidades específicas: *ad probationem*, cuando el documento es hecho con la finalidad de demostrar posteriormente la autenticidad de lo representado; y *ad substantiam*, cuando por mandato legal, la documentación escrita del acto jurídico es indispensable para la existencia de este. Por ende, el documento es considerado elemento constitutivo del acto jurídico y también el medio que sirve para probarlo⁽¹⁷¹⁾.

5.3 Clases de documentos

El artículo 185 del Código Procesal Penal establece que son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de

(171) El art. 225º del C.C. establece que “no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo”.

sucesos, imágenes, voces; y otros similares.” Pero además habrá que comprender el concepto de documentos de la legislación civil como la existente sobre documentos públicos y privados.

- a) *Documento público.* Es aquel que es redactado u otorgado siguiendo la formalidad legal por la autoridad pública competente que da fe pública. Los documentos privados que son expuestos ante notario solo para autenticar como suya la firma merecerán fe de lo que ha sido legalizado ante el notario, es decir, solo de la firma y no del contenido.

De acuerdo a ley (art. 235° del CPC) es documento público:

1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y
2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia; y
3. Todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición.

La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.

En tal sentido, constituyen documentos públicos los expedidos por los funcionarios de los distintos ministerios o instituciones del Estado; los expedidos por los notarios; los documentos que se encuentran en los archivos públicos; los documentos relativos al estado civil de las personas; los documentos que expidan las autoridades judiciales, y todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición.

- b) *Documento privado.* Es aquel que es redactado por las personas interesadas, sea con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario o funcionario público. El CPC (art. 236) los define a contrario sensu de los documentos públicos, cuando establece que “es el que no tiene las características del documento

público” y agrega que “la legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público”.

En materia penal los documentos privados pueden manifestarse en manuscritos, impresos, documentos escritos a máquina, grabaciones, filmaciones, planos, cuadros, dibujos, etc. Pero habrá de verificarse su relación con el hecho que se investiga o con la persona imputada; algunas veces recogido de la escena del crimen por el fiscal o la policía; otras veces aportados por las partes al proceso, pero siempre susceptibles de valoración por el órgano jurisdiccional.

Los documentos privados carecen de valor por sí solo hasta que se pruebe su autenticidad y su relación con el hecho que se investiga o con la persona imputada del delito.

Habría que agregar que los documentos que tengan declaraciones anónimas no podrán ser utilizados en el proceso, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado (art. 184.3).

5.4 Obligatoriedad de presentar, exhibir o permitir el conocimiento de documentos. Orden de incautación

La ley procesal penal establece la obligatoriedad de las personas naturales o jurídicas, de instituciones públicas o privadas, de presentar, exhibir o permitir el conocimiento de los documentos que se requiere para la investigación del delito, salvo dispensa, prohibición legal necesidad de previa orden judicial (art. 184.1). No se trata entonces de un deber, sino de una obligación que las personas deben de cumplir, de allí que durante la investigación fiscal, dicha autoridad podrá solicitar al tenedor del documento su presentación o exhibición voluntaria del documento, caso contrario, deberá solicitar la autorización al juez para proceder a su incautación (art. 184.2).

5.5 Reconocimiento de documentos

Conforme ya se ha realizado en la práctica, la ley establece el reconocimiento del documento por su autor o por quien resulte identificado

según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquel quien efectuó el registro, incluso, podrán ser llamados en calidad de testigos (art. 186.1). En el mismo sentido, se podrá recurrir a la prueba pericial cuando corresponda verificar la autenticidad de un documento (art. 186.2). Para efecto del reconocimiento debe de existir una relación directa o indirecta entre la persona y el documento a reconocer, como cuando deba reconocer documentos presentados dentro del proceso por algunas de las partes, como aquellos realizados en la investigación policial (acta de incautación).

5.6 Otras características

- a) Los documentos en idioma distinto al español serán traducidos oficialmente.
- b) Si se trata de un documento en cinta magnetofónica, la autoridad judicial (fiscal o juez) dispondrá su transcripción.
- c) La autoridad judicial podrá requerir informes que consten en registros oficiales o privados. Su incumplimiento, retardo, falsedad o ocultamiento de datos, serán sancionados con multa, sin perjuicio de la acción penal que corresponda y de la diligencia de inspección, revisión o incautación del documento, si fuera el caso (art. 188).

6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

6.1 Concepto básico

La actividad probatoria encuentra su momento culminante cuando se procede judicialmente⁽¹⁷²⁾ a la valoración de la prueba⁽¹⁷³⁾. Se espera

⁽¹⁷²⁾ La exclusividad de la valoración de la prueba lo es para que el juez dicte sentencia y obviamente, es distinta a la que corresponde al fiscal y a las partes, a fin de sustentar sus posiciones.

⁽¹⁷³⁾ Véase GERHARD WALTER. *Libre apreciación de la prueba*. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, versión castellana de Tomás Banzhaf, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

alcanzar la verdad sobre los hechos mediante la prueba y esta tiene como función específica darle el incentivo vigoroso de la verdad, dado que la sentencia que es el fin característico del proceso se hace realidad cuando las pruebas se dirigen a asegurar la verdad⁽¹⁷⁴⁾.

En tal sentido, todo el procedimiento probatorio debe obedecer a criterios judiciales fundamentales de legitimidad, orden procedimental, pertinencia y contradicción. El objeto del proceso debe quedar plenamente satisfecho para que se cumpla la excelsa función jurisdiccional: juzgar.

La valoración de la prueba es definida como la operación intelectual –que realiza el juez de juzgamiento– destinada a establecer la *eficacia conviccional* de los medios de prueba recibidos en el decurso del debate⁽¹⁷⁵⁾. La valoración de la prueba determina el grado de conocimiento que posee el juzgador.

La prueba aportada en el debate contradictorio tendrá como norte, a efectos de destruir válidamente la presunción de inocencia, lograr la plena convicción del juzgador sobre la culpabilidad del imputado, ya que solo la certeza en torno a la imputación es presupuesto básico para emitir una sentencia condenatoria. Cuando la percepción de haber alcanzado la verdad es firme, se dice que hay certeza, que podría ser definida como la *firme convicción de estar en posesión de la verdad*.

Como es sabido la prueba, no solo puede generar certeza en torno a la tesis acusatoria, también existen otros grados de conocimiento, como la duda –que se aprecia como un equilibrio u oscilación porque el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin poder quedarse en ninguno de los dos extremos– y la probabilidad –se produce cuando coexisten elementos positivos y negativos, con el detalle que los positivos son superiores–.

⁽¹⁷⁴⁾ ARANGO ESCOBAR, Julio. "Valoración de la prueba en el proceso penal", en AA.VV., serie Justicia y Derechos Humanos/2, Guatemala, 1996, p. 111.

⁽¹⁷⁵⁾ CAFFERATA NORES. *La prueba en el proceso penal*. 4.ª edición actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 45.

6.2 Sistemas de valoración de la prueba

La historia y el derecho comparado reconocen hasta tres sistemas de valoración de la prueba: a) sistema de la prueba legal o tasada, b) sistema de la íntima convicción, y c) sistema de la sana crítica racional o libre convicción. Nuestro legislador ha introducido este último sistema, pues expresamente señala que “en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados” (art. 158.1). En consecuencia, como enseña VELEZ MARICONDE, se “deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común”. Agrega el maestro argentino que “estas reglas de la sana crítica racional, del ‘correcto entendimiento humano’ –contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia– son las únicas que gobiernan el juicio del magistrado”⁽¹⁷⁶⁾.

De ahí que se afirme que la libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba pueden ser libremente ponderados por el tribunal de instancia. A este corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado⁽¹⁷⁷⁾.

Hay entonces dos aspectos importantes que hacen de este sistema de valoración de la prueba la de mayor aceptación en sistemas como el nuestro: a) la libertad de convencimiento judicial sobre la prueba, en

⁽¹⁷⁶⁾ VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 363.

⁽¹⁷⁷⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 31 de 1981, de 28 de julio, cit., por RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Lectura Constitucional, Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 357.

atención al razonamiento lógico; y b) la exigencia de expresar cuáles son tales razones judiciales en la motivación de la resolución.

CAFFERATA NORES enseña que la autoridad judicial llegará a conclusiones sobre la prueba en plena libertad de apreciación pero observando normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia, con obligación de expresar las razones de tal convencimiento y los elementos de prueba en que se sustenta. Con ese fin se exigen dos requisitos importantes: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, a fin de fundar la conclusión que en él se apoya⁽¹⁷⁸⁾.

6.3 La valoración de la prueba y el *in dubio pro reo*

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces; sin embargo, en el primero se exige que las conclusiones a que se lleguen sean el producto lógico y racional de las pruebas en las que se las apoye. En este sistema de valoración de la prueba existe un deber de motivación de las resoluciones judiciales.

La certeza a que ha de llegar el juzgador sobre la prueba actuada va a determinar que la sentencia sea absolutoria o condenatoria. Sin embargo, es posible que dicho convencimiento judicial no llegue a concretarse por la presencia de determinadas dudas en el juicio valorativo del juez. En estos casos, el órgano jurisdiccional juzgador debe inclinarse a favor del procesado.

El principio *in dubio pro reo* tiene toda una doctrina que lo sustenta y que es imperativo para los jueces por mandato constitucional, pues ha de aplicarse la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (art. 139, inc. II, Const.). Además, el nuevo Código Procesal señala expresamente en su título preliminar que trata del principio de inocencia, que “en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado” (art. II. 1).

⁽¹⁷⁸⁾ CAFFERATA NORES, J. *La prueba en el proceso penal*. cit., pp. 42 y 43.

Este principio guarda estrecha relación con la presunción de inocencia. En efecto, ninguna persona puede ser considerada como culpable hasta que se pruebe el hecho materia de imputación y el juzgador lo exprese en una sentencia condenatoria y motivada. Es más, se ha afirmado que el *in dubio pro reo* constituye un corolario del principio constitucional de inocencia, como lo señala LANGER y que en su *aspecto negativo* “prohíbe al tribunal *condenar* al acusado si no obtiene certeza sobre la verdad de la imputación”; y en su aspecto positivo, “*obliga* al tribunal no solo a no condenar sino a *absolver* al acusado al no obtener certeza”.

Se enseña en la jurisprudencia española que ambas son manifestaciones de un genérico *favor rei*, pero que existe una diferencia sustancial, pues el derecho a la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales; y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal⁽¹⁷⁹⁾.

Por otro lado, el *in dubio pro reo* encuentra su ubicación natural en el ámbito de la valoración de la prueba y no en otro momento procesal –por que es el Tribunal de inmediación–. De modo que si el órgano juzgador no está convencido del resultado de la prueba por tener una duda razonable, aplicará el *in dubio pro reo*⁽¹⁸⁰⁾. *A contrario sensu*, no aplicará tal principio, si al momento de dictar sentencia el juzgador considera que no hay pruebas para la condena, o aquellas son insuficientes; por lo tanto, deberá absolver al imputado según esos criterios (falta de pruebas o insuficiencia probatoria).

6.4 Reglas a observar en la valoración de la prueba

La aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia en la valoración de la prueba –a las que hace referencia

(179) Véase Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 140/1985, del 21 de octubre, cit., por RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Lectura Constitucional, cit., p. 360.

(180) RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Lectura Constitucional, 3.ª edición, cit., p. 359.

el artículo 158 del Código, en concordancia con el artículo 393—dependerá del caso concreto que se aborde.

Como ya lo hemos anotado precedentemente las máximas de la experiencia se originan de la observación repetida de casos particulares que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Por su parte, las reglas de la lógica, conformada por principios tales como “el de no contradicción” y el “de la razón suficiente” y la ciencia —en tanto sean pertinentes—, deberán ser tomadas en cuenta por el juzgador para formar su convicción.

6.5 Criterios particulares de valoración

La regla básica, en cuanto a la valoración de la prueba, es la sana crítica racional (art. 393). Ahora bien el Código, recogiendo la jurisprudencia, ha establecido reglas valorativas que en cierta medida se hacen necesarias. Cabe anotar que estos criterios reglados deben ser la excepción a efectos de no llegar al sistema tasado de valoración.

6.5.1 Valoración de la declaración de testigos de referencia, de arrepentidos o de colaboradores

Los testigos de referencia son aquellos que conocen del hecho delictivo de manera indirecta; los arrepentidos o colaboradores, técnicamente, son coimputados que optan por desvincularse de una asociación delictiva y colaboran con la administración de justicia delatando a los coimputados. En esos supuestos, la norma establece que existe una necesidad de corroboración de las declaraciones referenciales, y de los colaboradores o arrepentidos (art. 158.2).

6.5.2 Valoración de la prueba indiciaria

Mención especial merece el tema de la controvertida “prueba indiciaria”, la cual no es un medio de prueba, sino un tipo de prueba, tan igual como la prueba directa y que tiene virtualidad para fundamentar válidamente una sentencia condenatoria.

6.5.2.1 Concepto de prueba indiciaria

En términos de MIXÁN MÁSS, la prueba indiciaria es aquella actividad probatoria de naturaleza necesaria discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta⁽¹⁸¹⁾.

La prueba indiciaria relaciona los conceptos de *hecho indicio*, como dato real, cierto, objetivo y el *hecho consecuencia*, es decir, lo que permite descubrir o comprobar. Existe pues, como lo expresa MARTÍNEZ ARRIETA⁽¹⁸²⁾ “un hecho indicio acreditado por prueba directa, al que se asocia una regla de la ciencia, o una máxima de la experiencia o, incluso, una regla de sentido común. Esa asociación va a permitir la acreditación de un segundo hecho, consecuencia a través de un engarce que debe ser racional y lógico”.

Pero resulta necesario distinguir entre prueba indiciaria e indicio. La primera es toda una institución jurídico-procesal de naturaleza compleja y que comprende toda aquella actividad cognoscitiva y que incluye entre sus componentes al *indicio*. Este es un concepto restringido de la prueba indiciaria, que se manifiesta a través de un dato cierto, real, conocido de carácter objetivo y que, como se ha dicho, forma parte del todo que, precisamente, es la prueba indiciaria. Entonces, no se pueden identificar y menos superponerse el indicio a la prueba indiciaria.

El *indicio*⁽¹⁸³⁾ que proviene de la voz *indicium*, es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible

(181) MIXÁN MÁSS, F. *Prueba indiciaria*. Ediciones BLG, Trujillo, 1992, p. 18.

(182) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. *La prueba indiciaria, la prueba en el proceso penal*. AA. VV. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1993, p. 53.

(183) Respecto a este elemento, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N.º 1912-2005/ Piura, precedente vinculante, en razón del Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre de 2006-, ha señalado que “(a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley– pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento alguno, (b) deben ser plurales [...], (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato a probar [...]-, (d) y deben estar relacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia [...]”.

y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*⁽¹⁸⁴⁾. MIXÁN MÁSS⁽¹⁸⁵⁾ agrega que el indicio “es un Dato real e indubitable que contienen una fuente cognitiva primera y fecunda, cuyo significado tiene la aptitud para conducir al descubrimiento, metódico y discursivo del ‘Otro dato’ que es, o un elemento o una circunstancia de aquello que es Objeto del procedimiento; descubrimiento que ocurre sea en la Etapa de Investigación o durante la actividad probatoria del Juzgamiento”.

Se parte de la existencia de un hecho o fuente de prueba y la relación lógica entre ese hecho y el que se quiere demostrar. Se trata pues de todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencias, al conocimiento de los otros hechos desconocidos⁽¹⁸⁶⁾. El elemento fundamental en la prueba indiciaria es el razonamiento lógico que consiste en deducir o inferir de un hecho probado otro que no lo está⁽¹⁸⁷⁾.

6.5.2.2 Clasificación de los indicios

La doctrina reconoce determinadas clases de indicios, los mismos que se pueden clasificar en atención a ciertos elementos comunes. Así tenemos: *indicios generales y particulares*, que dependen de si se refiere a todo delito o alguno en particular; *manifiesto, próximo y remoto*, si el indicio se encuentra en la escena del crimen, o expresa una relación no necesaria con el hecho indicado o alguna relación concomitante con el hecho o la persona del imputado o agraviado: antecedentes, informes anteriores, etc.; *indicio concomitante, subsiguiente y antecedente*, cuando se acompaña un dato cierto, real al delito mismo, o cuando se

(184) MIXÁN MÁSS, F. *Prueba indiciaria*, cit., p. 21.

(185) MIXÁN MÁSS, F. *Indicio, elementos de carácter indiciario. Prueba indiciaria*. Ediciones BGL., Trujillo, 2008, pp. 30 y ss.

(186) DELLEPIANI, A. *Teoría general de la prueba*, p. 96, cit., por DEL VALLE RANDICH, *Medios de prueba en el proceso penal*, p. 178.

(187) MARTINEZ RAVE, G. *Procedimiento Penal Colombiano*, cit. p. 54.

manifiesta en la realización de un hecho posterior de un delito (planes de fuga, desaparición de huellas) o cuando los hechos evidencian hechos anteriores al delito (amenazas, adquisición de armas, etc.); indicio por *móvil*, por *capacidad*, por *predisposición*, por la *oportunidad* para delinquir, por su *capacidad intelectual* en los llamados delitos informáticos; o por la *circunstancia propia de soledad* entre el agresor sexual y la víctima; por las *huellas materiales* u objetivas que deja el agente del delito o “tarjeta de presentación” del autor, también los indicios por las *manifestaciones anteriores y posteriores al delito*, referidas a la conducta del agente antes y después del delito; *indicio de lugar*.

El *contraindicio* no es sino el hecho también indicador que ataca a los indicios y genera el cuestionamiento de los datos existentes. En este sentido, se busca anular al indicio inicial y puede ser ocasional o también preparado, caso en que se llama *coartada*. Pueden existir dos datos indiciarios que se contraponen, por ejemplo, respecto del lugar o tiempo del delito y su relación con el imputado. También pueden dejarse ciertos objetos, acondicionarse la escena del crimen, prestar declaraciones anteriores, hacer uso de técnicas modernas precisamente para evitar cualquier sospecha sobre la autoría del delito o hacer que estas se orienten hacia otras personas, etc. De esta manera, se posibilita el entorpecimiento en la labor judicial, por lo que la labor del juez adquiere singular importancia en la contrastación de estos indicios con los demás elementos de prueba.

El *indicio perfecto* no es sino aquel que permite cumplir la verificación de hecho indicado mediante el razonamiento debido.

6.5.2.3 Elementos de la prueba indiciaria

El nuevo CPP introduce la prueba indiciaria dentro de las disposiciones relativas a la valoración de la prueba. Específicamente, en el artículo 158.3 se precisan los presupuestos de la prueba por indicios, que ya nuestra doctrina se ha encargado de desarrollar de manera especial a partir de los trabajos del profesor Florencio MIXÁN MÁSS. Conforme a la referida disposición:

“Art. 158. Valoración:

3. La prueba por indicios requiere:

- a) Que el indicio esté probado.
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.
- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes”.

1) Un hecho indicador

Es aquel hecho o circunstancia que nos “indica” y que se convierte en el elemento predominante de la actividad probatoria. Es la fuente de prueba. El indicio que debe ser auténtico y debidamente probado. Puede ser un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. Debe ser un dato cierto inequívoco e indivisible. *Contrario sensu*, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y, por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria⁽¹⁸⁸⁾.

2) La relación o inferencia lógica

Constituye el razonamiento que se hace sobre el hecho indicador siguiendo las reglas de la lógica. Se analizan y se interpretan los indicios para llegar a conclusiones basadas en las reglas de la ciencia y de la experiencia.

La inferencia que se realiza debe apoyarse en una ley general y constante. Según la lógica de su razonamiento, se debe pasar desde el estado de ignorancia, sobre la existencia de un hecho, hasta la certeza, superando los intermedios de duda y probabilidad⁽¹⁸⁹⁾. MIXÁN MÁSS enseña las reglas del silogismo categórico y de la inferencia condicional; asimismo, destaca que resulta ineludible e

⁽¹⁸⁸⁾ MIXÁN MÁSS, F. *Prueba indiciaria*, cit., pp. 21-22.

⁽¹⁸⁹⁾ MARTÍNEZ RAVE, G. *Procedimiento Penal Colombiano*, cit., p. 59.

impostergable la necesidad de la lógica para obtener correctamente el “argumento probatorio” que se refleja en las conclusiones de las inferencias realizadas válidamente; de lo contrario, “se incurrirá en falacias o paralogismos que irremediablemente son casos típicos de razonamientos incorrectos”⁽¹⁹⁰⁾.

3) El hecho indicado

Se trata del otro hecho, es decir, aquel hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir y al que se llega mediante el empleo de la inferencia. Es el dato requerido en la investigación judicial y sobre todo al momento de la valoración de la prueba en conjunto.

Siguiendo a MIXÁN MÁSS, se trata de *indicios contingentes* cuando para su eficacia son exigibles los requisitos de pluralidad, concordancia y convergencia; es decir, plurales cuando existen dos o más indicios; concordantes, que exige que los indicios sean compatibles entre sí, es decir, que no tengan significados divergentes, sino que constituyan un todo coincidente; y convergentes en el sentido de que las fuentes indiciarias obtenidas de “indicios contingentes” “incidan sobre el mismo ‘dato indiciario’ que se trata de descubrir (por ejemplo, al mismo lugar, tiempo, aspecto, fenómeno, propósito, hábito, estilo de vida, personalidad, dimensión, acción, omisión, oportunidad, etc., que es materia de indagación o prueba)”⁽¹⁹¹⁾.

La ausencia de indicios negativos o contraindicios “consistentes” es una exigencia del legislador. Se trata de indicios que se oponen a los datos indiciarios, debilitándolos o eliminándolos; de allí que sea necesaria su debida identificación y análisis. Los hechos indicados pueden ser auténticos, casuales o falsificados⁽¹⁹²⁾.

(190) MIXÁN MÁSS, F. *Prueba indiciaria*, cit., pp. 38-41.

(191) MIXÁN MÁSS, F. “Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria”, cit., pp. 122 y ss.

(192) MIXÁN MÁSS, F. “Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario. Prueba indiciaria”, cit., p. 123. Véanse los casos que presenta el procesalista peruano sobre los supuestos de contraindicio.

6.5.2.4 Otras características

- a) La acreditación del indicio a través de prueba directa. El indicio debe ser probado. Se excluyen las presunciones o meras sospechas⁽¹⁹³⁾ o las apariencias o impresiones resultantes de sindicaciones⁽¹⁹⁴⁾ que no han sido constatadas en el proceso penal.
- b) Los indicios deben ser sometidos a constante verificación para su acreditación y su capacidad deductiva. Se busca evitar, en lo posible, la incidencia del azar y la posibilidad de su falsificación.
- c) Los indicios deben ser independientes a fin de evitar la utilización que de un único indicio, que acreditado por distintas fuentes, se presentan como plurales en la acreditación del hecho-consecuencia.
- d) La pluralidad de indicios es importante para afirmar la certeza y evitar error en la apreciación de la prueba. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha considerado determinados criterios relacionados con las circunstancias propias del delito, como la actitud de los imputados y de sus propias declaraciones, el móvil, la participación comisiva, de actitud sospechosa, de mala justificación, de capacidad comisiva o de indicio de actitud oportuna.
- e) Los indicios deben ser concordantes entre sí de manera tal que permitan alcanzar una conclusión. Si uno de ellos fuera distinto o divergente, la prueba indiciaria perderá su eficacia y posibilita rá la duda razonable.

La conclusión ha de ser inmediata, sin que sea admisible que al hecho consecuencia pueda llegarse a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

(193) Ej. Suprema de 2 de abril de 1997, S. P. "C", Const. N.º 4296-95, en ROJAS VARGAS, cit., p. 288.

(194) Ej. Suprema de 19 de noviembre de 1998, Exp. N.º 4073-98, Lambayeque, en ROJAS VARGAS, cit., p. 290.

Capítulo III

BUSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1. INTRODUCCIÓN

El CPP 2004 estructura la actividad probatoria de manera amplia con bases constitucionales y supranacionales bastante claras, resaltando sus principios, sus características; la forma de la obtención, incorporación y valoración de la prueba.

La estrategia de investigación, diseñada por el representante del Ministerio Público, por excelencia, debe estar orientada a la búsqueda de fuentes de prueba, las cuales servirán para adoptar medidas propias de las etapas de investigación e intermedia (adopción de medidas cautelares, acusar, etc.).

Por su parte, la actividad probatoria también comprende aquellas diligencias de investigación que suponen la búsqueda de fuentes de prueba que, potencialmente, implican la afectación de derechos fundamentales de la persona. SAN MARTÍN CASTRO señala que existen diligencias de averiguación directas, que no afectan derechos fundamentales relativos y “otras que comportan limitaciones de esos derechos fundamentales relativos, de suerte que sus requisitos –por tratarse de actos constitucionales garantizados–

están definidos directamente por la Constitución y sometidos a determinados principios”⁽¹⁹⁵⁾.

Por ello es importante destacar dos presupuestos necesarios: primero, que las medidas restrictivas resulten indispensables para los fines de investigación y conforme a ley; y segundo, que la medida debe ejecutarse con las garantías debidas para la persona afectada.

2. CONCEPTO

En el texto del Código Procesal Penal, se han distinguido diversas clases de actuaciones que implican la restricción de derechos fundamentales. Este capítulo comprende aquellas diligencias de investigación que son útiles para la prevención y/o comprobación del delito, evitar la fuga o el ocultamiento de bienes relacionados con el delito, que permitan tener un mejor conocimiento de los hechos acontecidos, pero que afectan o restringen los derechos fundamentales de la persona. Unas serán medidas instrumentales restrictivas de derechos y otras medidas provisionales con función cautelar, aseguradora de la prueba o tuitiva-coercitiva⁽¹⁹⁶⁾.

3. PRINCIPIOS

A decir del profesor argentino BINDER⁽¹⁹⁷⁾, los principios y garantías buscan evitar el efecto de un desborde del poder punitivo del Estado. A su vez impiden utilizar técnicas prohibidas de averiguación de la verdad, por contravenir el procedimiento constitucionalmente legítimo, ya sea porque violan el contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas o porque se haya establecido con la

(195) SAN MARTÍN CASTRO, César. “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos”, en *Actualidad Jurídica*, N.º 144, Lima, p. 251.

(196) SAN MARTÍN CASTRO, C. *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, cit., p. 251.

(197) BINDER, Alberto M. / PÉREZ GALAMBETA, Alfredo / MIXÁN MASS, Florencio / BURGOS MARIÑOS, Víctor, “Reforma del Proceso Penal en el Perú” Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad CERJUDEL, BLG Ediciones, Trujillo, 2005, p. 49.

inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional, establecida a favor del procesado.

La restricción de derechos fundamentales del sujeto en la búsqueda y obtención de fuentes de prueba en el contexto de un proceso penal, debe estar informada de los siguientes principios: legalidad, suficiencia indiciaria, jurisdiccionalidad, motivación y proporcionalidad. El cumplimiento cabal de esos principios legitima la intervención de los órganos estatales durante la investigación; lo contrario –cuando estos no se hayan cumplido– significa una intromisión abusiva que determina la inutilidad de dichos actos de investigación, y que, además, da lugar a las sanciones previstas por ley. Veamos en qué consiste cada uno de estos principios:

3.1 Principio de legalidad

Toda intromisión a los derechos fundamentales de la persona debe estar previamente diseñada en las leyes correspondientes. La previsión legal de la limitación de un derecho fundamental constituye una garantía a favor del afectado; sin embargo, no solo debe estar prescrita la posibilidad de su adopción sino los presupuestos de su aplicación, su contenido y sus limitaciones. La ley debe estar en condiciones de responder a las siguientes interrogantes: cuándo, cómo y cuánto se limita un derecho fundamental. El Código Procesal Penal recoge este principio en los siguientes términos: “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado” (art. 202).

3.2 Principio de suficiencia indiciaria

Para tomar la decisión de limitar un derecho fundamental, en el marco de un penal se exige que existan elementos, datos concretos de que el delito efectivamente fue cometido. Esta exigencia implica que se debe contar con un mínimo de sustrato indiciario, es decir, datos objetivos, plausibles, no meras sospechas infundadas de la comisión del delito.

3.3 Principio de jurisdiccionalidad

En principio, solo los órganos jurisdiccionales están facultados para restringir derechos fundamentales; sin embargo, es necesario precisar que existen determinados actos que pueden ser dispuestos por el fiscal o la Policía, cuando esté de por medio el éxito de los resultados de la investigación u otros intereses (ej.: el allanamiento policial en caso de flagrancia).

3.4 Principio de motivación

El deber de motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional. En ese sentido, el Código Procesal Penal, en su artículo 203, resalta el siguiente presupuesto necesario: “La resolución que dicte el juez de la investigación preparatoria debe ser motivada”. Sin embargo, tal exigencia no solo es predicable para las resoluciones judiciales, también lo es para los requerimientos fiscales.

3.5 Principio de proporcionalidad

SAN MARTÍN CASTRO⁽¹⁹⁸⁾ incorpora los principios precitados, como subprincipios del principio de proporcionalidad. Sumado a ellos, el mismo autor menciona otra categoría de subprincipios tales como idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, los mismos que son intrínsecos a la medida limitativa de derechos. Este último grupo de subprincipios mencionados, a nuestro entender, es el que dota de contenido esencial al principio de proporcionalidad.

El subprincipio de idoneidad exige que la medida a adoptar deba ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos. Por su parte, el subprincipio de necesidad implica que, en el caso concreto, no se hubiera podido elegir otra medida menos gravosa, que tenga la misma efectividad. Por último, el subprincipio de proporcionalidad estricta importa que la intensidad de la lesión sea proporcional a la gravedad de la infracción cometida.

⁽¹⁹⁸⁾ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, cit., p. 251.

4. MEDIDAS EN PARTICULAR

Algunas de las medidas son nuevas y quizás por ello resulten de difícil aceptación, por la restricción de derechos que implica, no obstante, se confía en la comprensión ciudadana en atención a los fines que se persiguen.

El CPP 2004 reconoce medidas que no requieren autorización judicial, tales como el control de identidad policial, la videovigilancia y las pesquisas; y aquellas que sí necesitan autorización judicial, entre las cuales están la intervención corporal (que también puede ser dispuesta por el fiscal, cuando medie urgencia y peligro en la demora), el allanamiento (fuera de los casos de flagrancia), la exhibición forzosa, la incautación, el control de las comunicaciones y los documentos privados, la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones, el aseguramiento e incautación de documentos privados, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la clausura o vigilancia de locales e inmovilización.

4.1 Control de identidad policial

La libertad de la persona constituye un derecho fundamental consagrado constitucionalmente. La libertad ambulatoria, por su parte, como parte integrante del contenido del derecho a la libertad, se encuentra reconocida en el artículo 2.24 de la Constitución cuando se prevé que nadie será detenido sino por mandato judicial motivado o por la policía en caso de flagrante delito. Resaltando este derecho, se establece que no se permite *forma alguna* de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (art. 2.24 Constitución), lo que significa que la misma ley constitucional posibilita la restricción de la libertad atendiendo a los supuestos que el legislador considera necesarios para determinados casos, cautelando, asimismo, los derechos que la misma Constitución regula a favor de las personas.

La naturaleza propia del proceso penal, sobre todo, en fase de investigación, exige, a menudo, establecer diversas formas de restricción de la libertad de las personas. Tal es el caso del control de identidad policial,

que, conforme a su regulación, constituye una diligencia estrictamente de naturaleza policial que tiene por finalidad identificar debidamente a una persona que conoce, o que ha participado de los hechos, materia de investigación penal, con fines de esclarecimiento e incluso de acciones preventivas de delito. Entonces, la decisión para esta forma de control de la identidad debe sustentarse en razones de urgencia, utilidad y necesidad para la investigación y prevención del delito⁽¹⁹⁹⁾.

4.1.1 Concepto

Se trata de una forma de restringir un derecho fundamental para permitir una investigación más inmediata y acorde con las necesidades del caso. Como su nombre lo indica, se busca conocer la identidad de las personas que se encuentran en relación mediata e inmediata con los hechos que son sometidos a investigación inicial, sean dichas personas potenciales testigos y, por qué no, quizás también involucrados directa o indirectamente en el hecho. De tal suerte que, desde determinadas reglas de control de identidad previstas en los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal, se proceda a la verificación correspondiente.

Al respecto, el artículo 205 del Código establece que la policía “en el marco de sus funciones de investigación, y sin necesidad de orden del fiscal o del Juez, podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible”.

El primer presupuesto que ha de tenerse en cuenta en esta forma de procedimiento preliminar, es que, para dicho control, la policía debe actuar en el ámbito de sus *funciones de investigación*, es decir, tratándose de algún hecho delictuoso que ha ocurrido, una denuncia u operativo policial, sea o no dispuesto por la autoridad fiscal, es decir, las

⁽¹⁹⁹⁾ Véase la Directiva para el desempeño funcional de los fiscales en la aplicación de los artículos 205-210 del Código Procesal Penal, aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 029-2005-MP-FN, de fecha 6 de enero de 2005.

mismas circunstancias de la investigación son las que permiten tomar la decisión. En consecuencia, no se trata de que a cualquier agente se le ocurra intervenir a una persona y solicitarle sus documentos porque sospecha de un delito o que ha intervenido en cualquier delito, sino que tienen que existir datos objetivos para presumir aquello.

Si bien es cierto quizás la norma no sea muy clara –la corrección siempre es posible–, la finalidad ha sido de aseguramiento de la identidad de personas o de elementos vinculados con un delito dentro del marco de una investigación. Como ya se ha dejado establecido, las limitaciones de derechos obedecen al principio de suficiencia indiciaria en el marco de la investigación penal. No habría argumentos sólidos para pensar en un eventual abuso de autoridad.

El segundo presupuesto radica en la *necesidad de la intervención*, sea para averiguar un delito o prevenirlo, lo que hace de tal diligencia una medida indispensable para sus objetivos. En tal sentido, se practicará cuando sea necesario recabar información útil e importante para la investigación del delito, *contrario sensu*, si la policía cuenta con los elementos probatorios del caso, la adopción del control de identidad deviene en innecesaria. Pero también es del caso hacer uso de la misma medida para acciones de prevención del delito. Se entiende de este modo aquellas acciones dirigidas a controlar e impedir la delincuencia en sus diversas modalidades, así como evitar la probable comisión de hechos delictivos si no se actúa con la debida oportunidad y diligencia⁽²⁰⁰⁾.

4.1.2 Reglas en el desarrollo de esta medida

Esta institución tiene a su vez otras reglas, referidas al modo de realización; vale decir, del procedimiento a seguir, y las podemos resumir así:

- a) El pedido de identificación de la persona se realiza *in situ*, es decir, en el lugar de la intervención policial. Se le pedirán sus documentos de identidad e incluso se le darán las facilidades

⁽²⁰⁰⁾ Directiva para el desempeño funcional de los fiscales en la aplicación de los artículos 205-210 del Código Procesal Penal, citado anteriormente.

para que las pueda encontrar y exhibir. Una vez constatada la identidad, esto es, que su documentación está en orden, se le devolverá el documento y se autorizará su alejamiento del lugar. La disposición no exige levantamiento de acta, pero pueden tomarse sus datos de identidad, sin necesidad de levantar acta.

Por otro lado y en cualquiera de los casos que prevé la ley, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la policía al momento de la intervención cuente con los instrumentos informáticos necesarios para proceder a la identificación de las personas y, de esa manera, reducir sustancialmente el tiempo.

- b) La persona intervenida tiene derecho a conocer de la identidad del policía que le pide sus documentos, así como la dependencia en la que ejerce funciones. Lo que resulta natural e incluso necesario en atención a los derechos que le asisten a cualquier persona.
- c) De existir motivo fundado de que la persona intervenida resulte vinculada con el delito que se investiga, se procederá a su registro personal, equipaje o vehículo. Se levantará *acta* en caso de que el resultado sea positivo y se detallarán los objetos encontrados relacionados a la investigación, así como la identidad de las personas participantes. Los elementos de juicio o indicios deben ser muy importantes para proceder de esta manera. Aun en el caso de resultar negativa, la intervención puede dejar *constancia* de lo ocurrido.
- d) Dependiendo de la gravedad del hecho que se investiga y cuando el intervenido no pueda exhibir su documento de identificación, será conducido a la dependencia policial más cercana con fines exclusivos de identificación: la toma de huellas digitales y la verificación de requisitoria.
- e) La persona conducida a la dependencia policial referida en el caso anterior tendrá derecho a comunicarse con un familiar u otra persona. No puede ser ingresado a calabozo ni celda, tampoco en contacto con personas detenidas. La persona conducida no es imputada y, por lo tanto, no puede

ser tratada como tal. Ello incluye la prohibición del uso de esposas para su conducción. Tampoco puede ser considerada como detenida aun cuando en la práctica se restringe su libertad, como se ha dicho, dentro del marco legal y solo con fines de identificación.

- f) Este procedimiento de conducción a la dependencia policial debe de durar solo por un máximo de cuatro horas. Al término de la diligencia de identificación, la persona debe retirarse de la dependencia. Una decisión policial distinta puede generar la interposición de una acción de garantía. Por lo mismo, la norma procesal establece que el traslado de la persona debe ser a la dependencia policial *más cercana*.
- g) La Policía debe de llevar un Libro de Registro de Identificación Policial, donde consten el motivo, las diligencias y la duración del procedimiento. Ello permitirá tener un control de las diligencias policiales de esta naturaleza en cada dependencia policial.
- h) Para fines de identificación o cuando sea necesario para las finalidades del juicio oral, se podrán tomar fotografías de la persona imputada, para lo cual se requiere de su consentimiento y, en caso de negativa, se deberá obtener expresa orden del fiscal. Luego se levantará acta. Esta disposición prevista en el apartado 5 del artículo 205 no resulta clara, pues debemos entender que la mención al *imputado* resulta como consecuencia de la misma diligencia de intervención de la persona vinculada con el delito, pero de la que se desconoce su identidad, y de aquella persona que intervenida con fines de identificación se le encuentren elementos de juicio que posibiliten su relación con los hechos que se investigan.

4.1.3 Intervención fiscal

En los casos en que la diligencia policial se realizare con la intervención del fiscal, dicha autoridad podrá cuidar de la legalidad y regularidad del procedimiento. Así, la directiva emitida por la Fiscalía de la

Nación establece que el fiscal tomará conocimiento de los controles de identidad policial de oficio, por noticia de la autoridad policial o por queja de cualquier ciudadano que considere vulnerados sus derechos y deberá cuidar que se hayan realizado con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y respeto de la dignidad de la persona.

Pero además, para estos casos y para el registro de personas expresamente establece que el fiscal verificará:

- a) La debida identificación del efectivo policial que interviene, su dependencia policial e incluso, de ser el caso, la placa del vehículo utilizado en la diligencia de intervención.
- b) El documento de identidad presentado por la persona intervenida, sea DNI o carné de extranjería o pasaporte. Si fuera extranjero, licencia de conducir, libreta militar, partida de nacimiento o cualquier otro documento que permita su identificación en el momento. Ello amplía el marco de documentos que puedan ser útiles para la identificación inmediata de la persona intervenida.
- c) Las facilidades que la policía brindó al intervenido para la ubicación y exhibición de los documentos de identidad.
- d) La devolución de documentos a las personas debidamente identificadas y su autorización para el retiro del lugar.
- e) Si la intervención fuere arbitraria dispondrá la devolución de los documentos y el cese de la restricción de la libertad del intervenido, además, procederá conforme a ley respecto del efectivo policial que intervino.
- f) En las dependencias policiales, verificará el registro de la persona intervenida en el Libro Registro, las razones de su intervención y traslado; el tiempo de permanencia; si fue informado de su derecho de comunicación con un familiar u otra persona; que no haya ingresado a una celda o calabozo; si el intervenido accedió voluntariamente a la toma de impresiones digitales con fines de identificación; si el intervenido es un requisitoriado que sea puesto a disposición de la autoridad requirente.

- g) En el caso de registro personal, vestimenta, equipaje, bultos o vehículos, ante la sospecha fundada de hecho punible (art. 205.3), verificará el levantamiento del acta y la comunicación al fiscal; si se trata de registro de la vestimenta de la persona, verificará el cumplimiento de las formalidades del art. 210 de la ley procesal, la existencia de objetos o especies relacionados con delito y el aseguramiento de los mismos con indicación de la persona responsable, así también que el intervenido haya autorizado la toma de fotografías o mediciones.

4.1.4 Controles policiales públicos

Además de lo dispuesto en la norma que se comenta, también se han previsto los controles policiales públicos (art. 206), es decir, aquellas diligencias de persecución penal que tienen dos objetivos: a) se realizan para descubrir y ubicar a los partícipes en un delito causante de *grave alarma social* y b) para incautar de elementos probatorios (instrumentos, efectos o pruebas) útiles para la investigación del delito.

Esta forma de control comprende los lugares, vías o establecimientos públicos. Se permite el control de identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos así como el registro vehicular. También se permite el control superficial de los efectos personales con la finalidad de que no porten sustancias o instrumentos peligrosos o prohibidos. La disposición señala que se debe dar cuenta al Ministerio Público.

En realidad, los controles policiales para casos como los señalados no deben ser objeto de mayores cuestionamientos si se entiende la necesidad de la actuación e investigación policial inmediata, en los casos donde se debe proceder y tomar decisiones con fines exclusivamente investigatorios.

Consideramos que este caso, así como en el de control personal, la policía debe de proceder con sumo cuidado y con conocimiento del fiscal, sobre todo en los casos de controles públicos. Pero, además, la misma ley establece que el resultado de las diligencias, incluyendo las actas, se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Público (art. 206.2) a fin de disponer las medidas o acciones correspondientes.

Al mismo tiempo, el fiscal deberá verificar la existencia de los instrumentos o efectos relacionados con la comisión del delito o de las sustancias prohibidas o peligrosas, en caso de incautación, las medidas de aseguramiento con indicación de la persona responsable. También debe verificar la regularidad y formalidad del Libro de Registro de Controles Policiales Públicos.

Cualquier exceso en la actuación policial debe ser corregido o sometido a las acciones correspondientes.

4.2 La videovigilancia

4.2.1 Concepto

La videovigilancia constituye otra forma especial de investigación policial para los casos de crímenes violentos, graves o de organizaciones delictivas, en donde el fiscal autoriza a que la policía pueda: a) realizar tomas fotográficas o registrar imágenes y b) utilizar otros medios técnicos determinados para la investigación u observación del lugar de residencia de la persona investigada (art. 207.1). Por el empleo técnico de este acto de investigación policial, su inmediatez, necesidad e irrepetibilidad, el contenido de las cintas o soportes magnéticos, fotografías o sonidos grabados en diligencia de videovigilancia, tiene naturaleza de *prueba preconstituida*.

Como no puede ser de otra forma, la utilización de tales sistemas de reproducción mecánica de imagen y sonido ha de ser respetuosa con el principio de proporcionalidad, con el derecho al honor y a la intimidad⁽²⁰¹⁾. Debe de recordarse que nuestra Constitución consagra el derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (art. 2. 7).

El legislador permite distinguir dos clases de videovigilancia: 1) las que se realizan en lugares públicos, que son decididas por el fiscal y 2) las que se realizan en el interior de inmuebles o lugares cerrados, que son autorizados por el juez (art. 207.3).

⁽²⁰¹⁾ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. 1.ª edición, Colex, Madrid, 2004, p. 361.

4.2.2 *Ámbito de aplicación*

El principal presupuesto para el empleo de la videovigilancia en sus distintas formas radica en la *gravidad* de los hechos sujetos a investigación. Este presupuesto está constituido por los delitos de secuestro, extorsión, homicidio calificado, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, corrupción de funcionarios, terrorismo, trata de personas, entre otros.

También comprende organizaciones dedicadas a determinados delitos como los ya indicados u otros, como por ejemplo, aquellos dedicados al robo de vehículos, de pasajeros de transporte público, o al tráfico internacional de drogas, etc.

Como se podrá apreciar, se posibilita a la autoridad policial el empleo de los medios técnicos necesarios para la lucha contra la delincuencia grave y, especialmente, contra el crimen organizado, pero con el control fiscal y judicial, y en observancia a principios tan importantes como la razonabilidad, la proporcionalidad y el respeto a los derechos fundamentales de la persona, especialmente, el derecho a la dignidad e intimidad de las personas. Por ello es que las autoridades judiciales deben de decidir su ejecución con mucha cautela, eliminando aquellas fotografías, imágenes o audios que no correspondan a los fines de la investigación o que afecten a terceros.

4.2.3 *Ejecución*

Cuando concurra ese presupuesto, la autoridad policial podrá hacer uso de cámaras fotográficas o de filmaciones con fines investigativos y realizados por el personal especializado. Se incluyen dentro de este apartado los controles de vídeo que la policía tiene ubicados en lugares públicos, que, desde luego, tienen contenido y valor probatorio. Sobre este último aspecto, resulta ilustrativo lo resuelto por la jurisprudencia española, pues el Tribunal Supremo Español ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que se nece-

sita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes y sonidos en domicilios o lugares privados⁽²⁰²⁾.

Los medios del apartado b) del artículo 207.1 son muy específicos y, a la vez, especiales, pues van a exigir el empleo, quizás, de los mismos mecanismos técnicos o sofisticados que los usados para captar imágenes de video, fotos o voces, pero dentro del inmueble donde se encuentra la persona investigada; de allí la exigencia de autorización judicial. Estos casos deben ser reservados a delitos muy graves.

4.2.4 Intervención fiscal

Estas medidas se disponen por el fiscal, de oficio o a pedido de la policía. También son autorizadas por el juez y se realizarán sobre la persona investigada y otras personas, si estas estuvieran relacionadas con los imputados o sean necesarias para cumplir con la finalidad de la investigación. Se precisa que tales diligencias especiales se realizan sin conocimiento del afectado.

En el caso de que la decisión corresponda al Ministerio Público, el fiscal deberá emitir una disposición de procedencia o improcedencia, la que debe ser motivada y según los principios de razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad y necesidad de la investigación. En cuanto a los límites de su utilización, la ley establece que se siga el procedimiento previsto por el artículo 230 referido a la intervención telefónica.

De acuerdo a la directiva del Ministerio Público, publicado en enero del 2005, mediante resolución N.º 029-2005-NP-FN, el fiscal designará al personal a cargo del procedimiento de videovigilancia y al responsable de su registro y custodia, con la obligación de mantener la confidencialidad e integridad de las tomas o registros de las imágenes o sonidos. En la práctica, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley procesal, la policía levantará un acta de registro de imágenes de video, y precisará los presupuestos de su ejecución (delitos violentos, graves u organizaciones delictivas), el lugar donde se realiza la diligencia, el lugar

⁽²⁰²⁾ Véase la cita en GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 361.

donde se realizó la grabación, la autorización, la transcripción de los hechos registrados en la grabación en video. Igualmente, se indicarán los días, horas y detalles que se observa, así como la identificación y firma de los policías que han intervenido en la diligencia.

Recibida la toma o registro original por el fiscal, cuidará de su conservación, disponiendo las medidas de seguridad. Además, dispondrá la transcripción escrita de los registros de imágenes. Igualmente se establece que ejecutada la videovigilancia y culminadas las investigaciones, se podrá poner lo actuado en conocimiento del vigilado siempre que el objeto de la investigación lo permita y no se ponga en peligro la vida o integridad física de terceros. Es posible mantener esta diligencia en secreto, señalando el plazo de reserva y con la confirmación de la autoridad judicial; también esta permitida la expedición de copias bajo determinados lineamientos fijados en la citada directiva.

4.3 Las pesquisas, la retención y el registro de personas

4.3.1 Las pesquisas

Las pesquisas son actividades estrictamente de naturaleza policial que consiste en la búsqueda de objetos, elementos de prueba o de personas vinculadas con un hecho delictivo que se investiga. En tal sentido, la policía, en su función investigadora, busca información, datos, huellas, recopila objetos o efectos materiales, gráficos, fotografías, etc., para el esclarecimiento del delito o para conocer el paradero del imputado o partícipes.

El Código-Procesal Penal, en su artículo 208. 2, señala que la pesquisa tiene por objeto “comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y otros efectos materiales que hubiere, con utilidad para la investigación”.

No consideramos que las pesquisas tengan el carácter de diligencias mínimas y necesarias para evitar la “desaparición” de pruebas, indicios y vestigios como lo sostiene la directiva del Ministerio Público para estos casos (art. 3), pues la nota distintiva radica en la *búsqueda* de elementos de prueba o información útiles, etc., o la comprobación de las

personas, lugares, los rastros y efectos materiales para la investigación del delito, como lo señala la ley; pero sí coincidimos, cuando precisa que cuando se compruebe el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y efectos materiales de utilidad para la investigación dispuesta por el fiscal, se levantará acta.

La ley procesal en el artículo 208.1 establece que la policía, de oficio, o dando cuenta al fiscal, o por su orden, “podrá inspeccionar o disponer pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en un determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga”.

La policía puede actuar de oficio, pero dando cuenta al fiscal o por orden de este y en los casos donde la naturaleza de los hechos lo requiera. Seguidamente, busca rastros de delito, de la persona perseguida, de las pruebas, etc. Esta diligencia se complementa con la elaboración de planos, descripciones, fotografías o filmaciones que sean necesarias.

El acta deberá contener la descripción exacta del lugar donde se realiza la pesquisa; el motivo y forma en que se llevó a cabo; el nombre de los policías y funcionarios judiciales que intervinieron; el nombre, características y estado de las personas, cosas, rastros o efectos encontrados; el levantamiento de planos de señales, descriptivos, fotográficos; y toda operación técnica e inventario que sean necesarios.

En el caso que se encontraran menores de edad se comunicará inmediatamente a la Fiscalía de Familia o Mixta, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones; y en los casos donde la policía proceda por razones de urgencia sin disposición fiscal, verificará que el acta levantada contenga la información antes mencionada.

4.3.2 Retención

Con fines estrictos de investigación policial, también se puede ordenar la *retención* de una persona “cuando resulte necesario que se practique una pesquisa”. Siendo así, dispondrá, dando cuenta al fiscal o por su orden, que las personas que se encuentran en la diligencia

permanezcan en el lugar o que también pueda comparecer otras, lo que evidencia la retención de una persona por un tiempo estrictamente establecido de cuatro horas y para tales fines. Si se considera necesario prolongar dicho tiempo, se requerirá mandato judicial.

La persona sufre entonces una limitación o *interrupción* de su libertad ambulatoria por breve término a título de retención y es obvio que la autoridad policial y fiscal debe de tener fundados motivos para tal decisión. Naturalmente, tales hechos deben ser registrados en el libro correspondiente.

Cuando se produce la retención con fines de pesquisa, el fiscal deberá verificar que la actuación policial cumpla con las siguientes formalidades: que haya informado a la persona el motivo de la retención así como los derechos que le asisten; que se haya identificado a la autoridad que dispuso la retención; que se haya identificado a las personas que comparecieron al lugar de la diligencia de pesquisa; que se hayan precisado las diligencias efectuadas con las personas detenidas; que la retención por ningún motivo supere las cuatro horas y si hubiere indicios suficientes de que el retenido está vinculado a la comisión de un delito, el fiscal deberá requerir de inmediato la orden judicial para extender el plazo de retención⁽²⁰³⁾.

Como se puede apreciar, se otorga a la policía determinadas facultades –siempre dando cuenta al fiscal o actuando por su orden– con la finalidad de asegurar una averiguación debida y pronta del delito. Se tienen en cuenta las distintas formas de criminalidad y la evolución que se aprecia de esta en los últimos años. Esto impide, muchas veces, conocer del hecho en flagrancia delictiva.

Desde esta misma circunstancia, si existen fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, la policía, conforme con la legislación procesal (art. 210) procederá a registrarla. Naturalmente, previa a esta decisión, la policía invitará al intervenido a que las exhiba. En caso

⁽²⁰³⁾ Véase directiva del Ministerio Público para el desempeño funcional de los Fiscales, cit., p. 3.3.

de negativa, procederá al *registro personal*, la misma que se realizará respetando la dignidad y pudor de la persona, incluso por efectivo del mismo sexo, salvo –como dice la ley– que ello importe demora en perjuicio de la investigación.

Esta diligencia se practica dependiendo de la naturaleza del hecho que se investiga, y cuando existan *fundadas razones* para presumir que la persona oculta en su cuerpo o ámbito bienes relacionados con un delito, lo que significa que se requiere de datos objetivos que justifiquen la afectación de la libertad y el pudor de la persona, en aras del descubrimiento de la verdad⁽²⁰⁴⁾. Por ejemplo, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, principalmente en la figura de los llamados “burriers”, diligencia que se realiza en los aeropuertos o en vehículos de transporte público interprovincial, en donde –a veces– se debe de realizar el registro en las partes íntimas del cuerpo para comprobar el delito y la autoría; también en los casos de contrabando, robo, secuestro, entre otros, y en los que sea necesario proceder al registro de la persona imputada o sospechosa con la finalidad de encontrar bienes u objetos relacionados con el delito. En el caso de que se trate de distintas personas, se deberá proceder al registro por separado.

Como lo señala GIMENO SENDRA, se trata de *actos aseguratorios* de la prueba que recae sobre el cuerpo humano. Se puede entender como *inspección corporal* cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano⁽²⁰⁵⁾. Por ello, la exigencia de proceder respetando los derechos que le asisten a la persona intervenida.

4.3.3 Registro

Conforme a nuestro ordenamiento, el registro comprende no solo el cuerpo y la vestimenta de la persona, que incluye los maletines, portafolios, equipos informáticos personales o lo que lleva entre sus manos, sino también su equipaje, bultos o el vehículo que utilice

(204) CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Lexis Nexos, 6.ª edición, Buenos Aires, 2008, p. 254.

(205) GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 378.

como medio de transporte que, entendemos, debe poseer dominio. En cualquier caso, la policía actuará dando cuenta al fiscal o por su orden. Así, respetará el derecho que tiene el intervenido a que en dicha diligencia participe una persona de su confianza, siempre que se la pueda ubicar “rápidamente y sea mayor de edad”. Este último presupuesto puede resultar difícil de satisfacer, según las circunstancias del hecho o la manera de ubicar a la persona elegida. Ciertamente, solo se establece se “le indicará el derecho” que tiene, pero no se afirma que sea obligatoria la presencia del testigo en la diligencia. Entendemos que atendiendo a la afectación al derecho constitucional de la intimidad, se debe de cautelar esta diligencia, y seguir los pasos que la misma ley señala: invitación a la persona intervenida a que entregue el bien u objeto buscado; hacer conocer al intervenido las razones de la ejecución del registro; hacerle conocer de su derecho a ser asistido por una persona de su confianza; la diligencia se realice por persona calificada. También consideramos que dada la naturaleza de esta diligencia, debe procurarse la intervención fiscal o de un testigo, pues la excepción se puede convertir en regla.

4.4 La intervención corporal

4.4.1 Concepto

Esta diligencia puede entenderse como todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extraen determinados elementos para realizar sobre los mismos análisis periciales tendientes a averiguar el delito o la participación del imputado⁽²⁰⁶⁾. El mismo GIMENO SENDRA, siguiendo la doctrina alemana y atendiendo al grado de sacrificio del derecho a la integridad física, considera que las intervenciones corporales se clasifican como sigue: a) leves o banales, aquellas que comprenden la extracción de elementos externos del cuerpo humano (pelos, uñas, así como algunos internos, como la extracción de sangre [siempre que no genere peligro]); y b) graves,

(206) GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 379.

que son aquellas intervenciones que pueden poner en peligro la salud u ocasionar sufrimientos a la persona⁽²⁰⁷⁾.

4.4.2 Clases de intervenciones

Nuestra legislación procesal regula la intervención corporal en los artículos 211-213 para tres casos: del imputado y de otras personas; para la prueba de alcoholemia; y en todos aquellos establecidos en las reglas de procedimiento.

Tratándose de la *intervención corporal del imputado*, se requieren determinados presupuestos: a) el examen debe ser útil para establecer hechos significativos de la investigación⁽²⁰⁸⁾, b) se requiere pedido del fiscal y autorización del juez de la investigación preparatoria y c) el delito debe estar sancionado con pena mayor a cuatro años. La autorización judicial comprende los análisis sanguíneos, las pruebas genético-moleculares u otras intervenciones; también exploraciones radiológicas. Es necesario señalar que la decisión judicial respecto de la intervención corporal debe sujetarse escrupulosamente al principio de proporcionalidad⁽²⁰⁹⁾. La ley posibilita el examen aun sin contar con el consentimiento del imputado (art. 211.1).

Pero además, la ley procesal establece una serie de características de esta diligencia que pasamos a mencionar:

- a) El examen debe ser realizado por un médico o profesional especializado. En el ámbito de la investigación fiscal se deberá

⁽²⁰⁷⁾ *Idem*, p. 380.

⁽²⁰⁸⁾ El Tribunal Constitucional español ha establecido que la finalidad que se persigue con la intervención corporal debe ser la de acreditar hechos constitutivos de infracción penal y no únicamente un hecho indiciario: "un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal" (STC 207/1996, de 22 de enero).

⁽²⁰⁹⁾ IGLESIAS CANLE, Inés. "La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 Lecrim: La quiebra del principio de legalidad", en *Investigación y prueba en el proceso penal, obra colectiva*, Coordinador Nicolás González-Cuellar, Colex, Madrid, 2006, p. 177.

contar con los peritos médico-legales, caso contrario, se deberá acudir a especialistas en la materia.

- b) No se practicará el examen si importa un daño grave para la salud del imputado, lo que debe estar debidamente sustentado por los especialistas.
- c) En el caso de intervención corporal de una mujer, esta podrá estar acompañada por otra mujer o un familiar. Esta es, una variante tutelar que impone el legislador, que trata de evitar que el examen corporal se presente como denigrante o humillante para la persona intervenida.
- d) En caso de urgencia o peligro por la demora, el fiscal podrá ordenar el examen con cargo a que se recabe inmediatamente la confirmación judicial. Se entiende de casos donde no exista la posibilidad de generar alguna situación de riesgo en la salud del imputado.
- e) Se notificará al abogado del imputado pero en su ausencia se podrá realizar la diligencia con la presencia de otra persona de confianza del imputado, siempre que pueda ser ubicada en ese acto.
- f) Se establece que el fiscal o la policía con conocimiento del primero, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para la observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabellos que no provoquen ningún perjuicio para su salud y siempre que el experto no la considere riesgosa. En caso contrario, se solicitará orden del juez, para lo cual se deberá contar con un dictamen pericial que determine la ausencia de peligro.
- g) Se levantará acta de la diligencia con la suscripción de las personas participantes.
- h) La misma ley establece que tratándose de mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel, cabello que no provoquen perjuicio para la salud, el fiscal o la policía con conocimiento del primero, podrán autorizarlas, pero si hubiere riesgo se requerirá de una orden judicial.

Un *segundo grupo* que puede verse afectado por las intervenciones corporales lo conforman otras personas que no son imputadas pero pueden ser examinadas, incluso sin su consentimiento, y en consideración de testigos (art. 212.1).

La misma ley establece que *siempre* deba ser constatado para el esclarecimiento de los hechos y cuando se encontrare en su cuerpo determinada huella o secuela del delito. Con la misma finalidad de averiguación de la verdad y que no se afecte la salud, se posibilita la realización de exámenes de personas no imputadas, para establecer la descendencia así como la extracción de sangre, aun sin el consentimiento de la persona. Se establece también que los exámenes y la extracción de análisis sanguíneos solo pueden ser realizados por un médico (art. 212.2). Se puede dar el rehusamiento de estos exámenes y extracciones de análisis de sangre por los mismos motivos que existen para los testigos. Por último, si se tratare de menores de edad o de incapaces, la decisión corresponde a su representante legal y si se encuentra inhabilitado por ser imputado en el delito, la decisión corresponderá al juez.

El *tercer grupo* de casos para la intervención corporal regulada por la ley comprende el examen corporal para la prueba de alcoholemia (art. 213). La disposición procesal faculta a la policía, para casos de prevención del delito o en intervenciones de control de conducción vehicular, a realizar comprobaciones de tasas de alcoholemia en *aire aspirado*. Si el resultado del examen es positivo o la persona presenta signos evidentes de haber consumido alcohol u otra sustancia prohibida, se procederá a la retención y conducción a un centro de control sanitario para realizar la prueba sanguínea u otras, según la prescripción médica. Para la actuación policial en acciones de prevención y de control en conducción vehicular, se llevará un libro registro donde constarán los datos pertinentes y se comunicará al fiscal con un informe razonado de la intervención.

Como se podrá apreciar, la intervención policial viene justificada por los casos ya señalados para lo cual se deben de tomar los cuida-

dos necesarios con el fin de no infringir lesión a los derechos que le asisten a la persona y que no son objeto de limitación impuesta por la ley. Pero si se trata de una investigación regular de hecho con características de delito, la policía deberá proceder a la realización de dicha diligencia, haciendo conocer al imputado que tiene derecho a contar con la presencia de una persona de su confianza, siempre que la ubique rápidamente y sea mayor de edad. Dentro de esta comprensión, bien puede tratarse de su abogado defensor.

Es necesario señalar que esta forma de intervención corporal para la prueba de alcoholemia, por su inmediatez, no requiere autorización judicial, y también se puede proceder de la misma forma cuando la policía intervenga en la investigación de un delito, en cuyo caso, para efectos de la diligencia, debe procurarse la presencia del defensor del imputado o de una persona de su confianza, pudiendo prescindirse de los mismos por incomparecencia o fundado peligro que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente (art. 213.4).

4.5 El allanamiento

4.5.1 *La inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental*

Lo primero que hay que sostener en el caso de esta diligencia policial es la naturaleza constitucional del derecho a la inviolabilidad de domicilio. En efecto, se establece que nadie podrá ingresar en el domicilio “ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración”. Sin embargo, la misma norma constitucional señala las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo reguladas por la ley (art. 2.9).

En consecuencia, el derecho a la inviolabilidad de domicilio puede ser restringido en los casos de delito flagrante, orden judicial y por disposición de la ley. Interesa destacar en este apartado el allanamiento por mandato judicial y específicamente a solicitud del fiscal.

4.5.2 Concepto

El allanamiento es una diligencia de naturaleza policial que tiene por finalidad el ingreso de la policía a un domicilio o inmueble con la finalidad de capturar a la persona investigada o evadida, también para incautar bienes u objetos relacionados con el delito. Para CABEZUDO BAJO, la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha de limitarse en numerosas ocasiones, en virtud de una entrada y registro, para de practicar la detención del imputado, así como para preconstituir la prueba. Sigue: “Ambos objetivos y, especialmente, la plena eficacia de las pruebas obtenidas durante el registro, se alcanzarán, en la medida en que, junto con la observancia de los requisitos procesales (...) tales diligencias se realicen de conformidad con las exigencias derivadas de su consideración como restricción de derechos fundamentales y, en especial, del principio de proporcionalidad”⁽²¹⁰⁾.

En términos de CAFFERATA NORES, es el ingreso a una morada o local cerrado con el fin de practicar un registro –para encontrar cosas o personas vinculadas al delito– u otra actividad procesal⁽²¹¹⁾.

4.5.3 Presupuestos

De acuerdo con la ley procesal, el allanamiento procede fuera de casos de flagrancia o de peligro inminente de su perpetración. Requiere autorización judicial a pedido del fiscal y deben de satisfacerse determinados requisitos. Se exige que existan motivos razonables de que el imputado o la persona evadida se encuentran ocultos, o que se hallan bienes o cosas relevantes para la investigación. El allanamiento comprende el registro de la casa habitación, casa de negocio, recinto habitado temporalmente u otro lugar cerrado y procederá cuando sea previsible que el acceso al lugar por parte de la autoridad le será negado en un acto formal de función (art. 214.1). Se afirma en doctrina que

⁽²¹⁰⁾ CABEZUDO BAJO, María José. “La entrada y registro domiciliario en el proceso penal”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, bajo la dirección de Nicolás González-Cuéllar Serrano, Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 117.

⁽²¹¹⁾ CAFFERATA NORES, J. *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 233.

esta diligencia se rige según el principio de justificación teleológica que comprende dos actos procesales diferentes: 1) la entrada: la detención del sospechoso y/o registro; y 2) el registro y la prueba preconstituida⁽²¹²⁾. De encontrarse la persona buscada se procederá a su detención, siempre y cuando hubiere orden judicial para ello. Igualmente, si se encontraran bienes u objetos relacionados con el delito, se procederá a la incautación.

La solicitud fiscal debe ser circunstanciada, clara y precisa. A su vez, indicará el lugar o lugares exactos del allanamiento de su finalidad; las medidas de coerción que correspondan, por ejemplo, la detención de la persona investigada, la incautación de bienes u objetos y el tiempo aproximado de la diligencia. Los mismos datos deben de aparecer en la resolución judicial, además del nombre del fiscal autorizado. Dicha orden tendrá una duración máxima de dos semanas, salvo que se haya expedido para un tiempo determinado. Es necesario precisar que la resolución judicial debe de sujetarse a una especial exigencia constitucional de motivación, radicada en el juicio de ponderación que justifique la limitación del derecho fundamental afectado, además de observar los principios de proporcionalidad (relacionada con la gravedad del delito), idoneidad (útil para alcanzar la finalidad perseguida) y necesidad (si resulta la menos grave entre otras medidas)⁽²¹³⁾.

4.5.4 Desarrollo de la medida

En la diligencia, el fiscal podrá decidir el registro de las personas que están presentes o las que lleguen durante la diligencia, pero solo cuando considere que las mismas puedan ocultar bienes delictivos; por lo mismo, también puede ordenar la *retención*, fundamentando dicha medida (art. 217.2). Lo más importante en la solicitud y decisión

⁽²¹²⁾ CABEZUDO BAJO, María. *La entrada y registro domiciliario en el proceso penal*, cit., p. 122. Agrega la autora que el registro constituye un acto de investigación indirecto, en la medida en que permite la práctica de otros actos de investigación (reconocimientos periciales, declaraciones de testigos), pero su principal función reside en la recogida y aseguramiento de las fuentes de prueba.

⁽²¹³⁾ *Idem*, p. 129.

judicial es la verificación de los datos indicadores de la presencia del investigado o la existencia de elementos relacionados con el delito en el lugar donde se practicará la diligencia. Se debe de entregar copia de la autorización al imputado siempre que estuviere presente; si no están, a sus familiares; si no hubiera nadie, se dejará la copia a un vecino. A estas alturas, está claro que la diligencia se practica aun cuando el imputado o sus familiares u otras personas no estuvieran presentes en el lugar. Debe de agregarse que de lo actuado en la diligencia de allanamiento se dejará constancia en acta⁽²¹⁴⁾.

4.6 La exhibición forzosa e incautación de bienes

4.6.1 Concepto

La exhibición forzada de bienes y su posible incautación constituyen también actos propios de investigación policial con fines de búsqueda de elementos probatorios, de averiguación del delito y determinación de sus autores y partícipes. Esta diligencia de investigación se decide cuando la persona se negare a exhibir o entregar el cuerpo del delito o los bienes relacionados con el mismo.

4.6.2 Presupuestos

La ley procesal regula esta diligencia en los artículos 218-223 y establece que se requiere de autorización judicial, previa petición fiscal fundamentada, para que se obligue a una persona, sea propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro, a exhibir o entregar bienes que constituyan cuerpo del delito o de cosas relacionadas con él o que sean necesarios para el esclarecimiento de un delito. Sin embargo, tratándose de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración, la policía no requerirá ni solicitud fiscal ni orden judicial, pero deberá dar cuenta de la ejecución al fiscal. La ley establece que cuando exista peligro por la demora, la exhibición o la incautación

⁽²¹⁴⁾ Cabe señalar que el allanamiento también se puede realizar sin mandato judicial cuando se trate de flagrante delito, de manera que deje constancia de todo lo actuado en acta.

deberá disponerla el fiscal. En todos los casos, el fiscal deberá requerir del juez la resolución confirmatoria, pues el juez de la investigación preparatoria actúa como juez de garantías.

La autorización judicial deberá contener todos los datos necesarios así como el nombre del fiscal, la designación del bien a exhibir o a incautar; de ser necesario, también se puede autorizar para que se tomen fotografías, se obtengan copias o se filme o grabe la diligencia de exhibición o incautación de bienes relacionados con el delito (art. 219.1).

4.6.3 Desarrollo de la medida

La diligencia se llevará a cabo inmediatamente por el fiscal con el apoyo policial. Seguidamente, se puede citar a las partes. Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud. En los casos de exhibición se cuidará de describir detenidamente el bien, objeto o documento. Corresponde al Ministerio Público identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado; asimismo, le corresponde determinar las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado (art. 220.2).

Al igual de las diligencias anteriores, se deben cuidar y respetar los derechos que le asisten al imputado o persona a quien se le hacen las exigencias de exhibición o incautación.

4.6.4 Exhibición e incautación de documentos no privados

La norma procesal también se ocupa de la exhibición e incautación de documentos no privados (art. 224). En tal sentido, cuando una persona tenga en su poder actos y documentos requeridos, se encuentra en la obligación de exhibirlos o entregarlos al fiscal, así como todo objeto que detenten por razones de oficio, encargo, ministerio o profesión. En algunos casos puede tratarse de documentos públicos o de naturaleza pública que se encuentran en poder de particulares o de funcionarios públicos, que son de interés para la investigación fiscal.

La ley procesal exceptúa los supuestos de secreto profesional o de Estado. En el primer caso, el fiscal podrá hacer las indagaciones y si considera infundada la oposición para la exhibición o incautación hará su requerimiento a la autoridad judicial. En el segundo caso, el fiscal deberá dirigirse al presidente del Consejo de Ministros para solicitarle que confirme el carácter secreto de la información o documentación. Si la respuesta es positiva y la prueba es esencial para la definición del caso, solicitará una audiencia al juez de la investigación preparatoria, con intervención de las partes, a fin de que decida la clausura de la investigación por la existencia de secreto de un Estado, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta la naturaleza de dicha información estatal y lo innecesario que resulta continuar con el proceso (art. 224.3).

4.7 El control de las comunicaciones, interceptación e incautación postal

4.7.1 La inviolabilidad de las comunicaciones y de documentos privados como derecho fundamental

La Constitución Política consagra como derecho fundamental de la persona el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. El Tribunal Constitucional ha establecido que el concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo y lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello⁽²¹⁵⁾. Textualmente establece la norma constitucional que “las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos,

⁽²¹⁵⁾ STC, Exp. N.º 2863-2002-AA/TC-LIMA, en *La Constitución de 1993, a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, de BERMÚDEZ TAPIA, M., Ediciones Legales, Lima, 2.ª edición, 2008, p. 75.

incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen” (art. 2.10). Agrega la norma constitucional, que los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. La reserva constitucional permite la afectación de este derecho en los casos que la ley lo establece y previa decisión judicial.

4.7.2 Concepto

La ley procesal establece la posibilidad de que se pueda interceptar, incautar y abrir documentación pública o privada que se dirija al imputado de manera directa o indirecta, siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos que se investigan. Comprende las cartas, pliegos, valores, telegramas e incluso correos electrónicos, dirigidos al imputado o remitidos por él, aun cuando se encuentre con nombre supuesto, o de aquellos que se presumieran emanan de él o en que resulte ser el destinatario (art. 226).

4.7.3 Requerimiento Fiscal y Resolución Judicial

Para tal efecto, se requiere del pedido formal y sustentado del fiscal al juez de la investigación preparatoria para la interceptación, incautación y apertura. Se trata de una diligencia estrictamente reservada, para los fines propios de la investigación, suficientemente motivada y por el tiempo necesario que no podrá ser mayor al periodo de la investigación. Ante el pedido formulado, el juez resolverá reservada e inmediatamente, pudiendo impugnar el fiscal si su pedido es rechazado.

4.7.4 Ejecución de la medida

Si el juez acepta el pedido, se ordenará su ejecución por el fiscal o este podrá delegarla en un efectivo policial. Se exige el examen del documento reteniendo aquellos que estuvieren relacionados con la investigación y serán solo abiertos por el fiscal. De este modo, se incautarán de ser necesario, caso contrario, los documentos serán devueltos a su destinatario. De todo lo actuado se levantará acta.

La apertura, examen y análisis se efectuara por el Fiscal en el lugar que considere pertinente; si el contenido tiene relación con los hechos investigados, el Fiscal dispondrá su incautación y dara cuenta al Juez de la investigación preparatoria, de lo contrario sera devuelto.

Es necesario señalar que una vez cumplida la diligencia y las investigaciones del caso, se hará conocer al imputado, quien podrá solicitar a la autoridad judicial, dentro de los tres días de notificado, el *reexamen* del caso. En este supuesto se procederá a la realización de una audiencia para efectuar el control judicial de la diligencia de interceptación e incautación de documentos. En otras palabras, el juez verificará si la diligencia ordenada se realizó correctamente y si la interceptación e incautación han comprendido comunicaciones relacionadas con la investigación (art. 228).

4.7.5 Requerimiento a tercera persona

También se ha considerado al tercero que tiene en su poder tales documentos, debiendo ser requerido para que los entregue, bajo apercibimiento de ser sometido a investigación preliminar, salvo en los casos de estimarse secreto de Estado o se alegare inmunidad diplomática. Así se procederá de manera preestablecida en la ley, es decir, solicitando información a la Presidencia del Consejo de Ministros y un informe al Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 229).

4.8 La intervención, la grabación o el registro de comunicaciones y telecomunicaciones

4.8.1 Derechos fundamentales e intervención

No cabe duda de que el desarrollo de la ciencia y la técnica en materia de comunicación (la telefonía fija y celular, el internet y otras formas de comunicación digital), han posibilitado la evolución de la sociedad en distintos ámbitos, sobre todo el empresarial, pero también ha permitido que la delincuencia, en especial, la organizada, camine a pasos agigantados frente a las formas tradicionales de investigación criminal. En ese contexto, los Estados también han reaccionado y se autoriza a través de las normas de desarrollo constitucional el uso de instrumentos que permitan la intervención de las comunicaciones en

sus distintas manifestaciones, con la finalidad de búsqueda de fuentes de prueba que coadyuven a la investigación del delito aun cuando se afecten derechos de las personas, pero a la vez cuidando que tal afectación no sea desproporcionada.

El mismo artículo 2.10 de la Constitución protege este derecho a las comunicaciones y telecomunicaciones que, conjuntamente con el derecho a la intimidad personal y familiar (inciso 7) constituyen el grueso de derechos que tienen las personas en el rubro de la comunicación y telecomunicación privada.

En materia procesal se regula la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones con la finalidad específica de investigación. MUÑOZ DE MORALES ROMERO la configura como “una intromisión de los órganos de persecución penal del Estado en el libre ejercicio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas del imputado o de las personas de las que éste se sirva para comunicarse (...) cuya finalidad consiste en la investigación y esclarecimiento de hechos delictivos, la identificación del delincuente, y en su caso en la posibilidad de utilizar las informaciones recopiladas como medios de prueba en el acto del juicio oral”⁽²¹⁶⁾.

4.8.2 Concepto

Se trata de una de las diligencias de investigación que requiere de un seguimiento puntual de los operadores para su debida aplicación, siguiendo las formas establecidas por la ley. CAFFERATA NORES señala que esta medida consiste en interferir las llamadas telefónicas efectuadas por el imputado o dirigidas a él, con la finalidad de enterarse de lo conversado (que podrá tener importancia probatoria) o impedir una conversación que podría obstaculizar la investigación⁽²¹⁷⁾. Efectivamente, esta medida restrictiva de derecho fundamental debe ser excepcional y

⁽²¹⁶⁾ MUÑOZ DE MORALES, Marta. *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas, en Investigación y prueba en el proceso penal*, cit., p. 139.

⁽²¹⁷⁾ CAFFERATA NORES, J. *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 262. Además precisa que dado que la intervención representa una invasión de la intimidad del ciudadano de modo sigiloso, la medida requiere de una aplicación cautelosa y restrictiva.

cuidadosa de no afectar el derecho a la intimidad de las personas en los aspectos no sometidos a investigación. Asimismo, el Tribunal Constitucional sostiene que este derecho no solo comprende la acción comunicativa que se pueda realizar mediante medios de comunicación, “sino también la comunicación interpersonal. Esta está representada por las comunicaciones entre personas que se encuentran físicamente presentes en un lugar determinado”⁽²¹⁸⁾. Sobre este punto, MUÑOZ DE MORALES considera que lo que se protege no es el simple hecho de conversar, sino el derecho al secreto de las comunicaciones *a distancia* o telecomunicaciones, pues “lo que realmente ampara el derecho al secreto no son las conversaciones realizadas de persona a persona, sino aquellas otras realizadas a distancia porque solo en estos casos el secreto está objetivamente garantizado desde un punto de vista técnico”⁽²¹⁹⁾.

4.8.3 Procedimiento

La ley procesal establece un procedimiento especial para intervenir, grabar y registrar las comunicaciones y las telecomunicaciones que se resumen en los siguientes aspectos (arts. 230 y 231):

- 1) Solo es posible su aplicación para casos de mediana y gran criminalidad, en este sentido, se exigen principalmente dos requisitos: a) que el delito que se investiga tenga una pena mínima de cuatro años y b) que la intervención sea *absolutamente* necesaria para la investigación.
- 2) El pedido, debidamente motivado, lo hace el fiscal al juez de la investigación preparatoria, y estará centrado en la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales u otras formas de comunicación.
- 3) El juez resolverá de manera reservada e inmediatamente. Si fuera denegado el pedido, cabe la apelación, la que será resuelta por la Sala sin trámite alguno.

⁽²¹⁸⁾ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, N.º 03-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006.

⁽²¹⁹⁾ MUÑOZ DE MORALES, Marta, cit., p. 141.

- 4) La diligencia se practica sobre el imputado y también se puede dirigir a otras personas que reciben o tramitan comunicaciones por aquel.
- 5) La solicitud fiscal y la resolución judicial deben contener los datos de identidad de la persona afectada, el número de teléfono, comunicación o telecomunicación a *intervenir y grabar* o *registrar*, la forma de intervención, su alcance, el tiempo que debe de durar, la autoridad fiscal o policial encargada.
- 6) El plazo máximo para la interceptación es de 60 días, excepcionalmente, podrá prorrogarse por plazos sucesivos, por decisión judicial, previo requerimiento Fiscal.
- 7) Si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.
- 8) La intervención de comunicaciones telefónicas (radiales u otras formas de comunicación) será registrada mediante la grabación y aseguramiento de la fidelidad de la misma. Lo recolectado será entregado al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance. Posteriormente, el Fiscal o el juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones.
- 9) Respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal comunicará estos hechos al Juez que autorizó la medida.
- 10) Una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado, quien puede instar el *reexamen judicial*, dentro del plazo de 3 días de notificado. La notificación al afectado solo será posible si el objeto de la investigación lo permitiere y cuando no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. El secreto de las mismas requerirá resolución judicial motivada y estará sujeta a un plazo que el Juez fijará.

- 11) Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar inmediatamente la geolocalización de teléfonos móviles y las diligencias de intervención, grabación o registro de las comunicaciones dispuestas, en tiempo real e ininterrumpidamente, las 24 horas de los 365 días del año; debiendo guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento. Estos concesionarios están obligados a mantener la compatibilidad con el sistema de intervención y control de las comunicaciones de la PNP.
- 12) Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad (art. 231.5).

4.9 Aseguramiento e incautación de documentos privados

Se pretende con la disposición contenida en los artículos 232-234 que durante las diligencias de registro personal o del lugar o con ocasión de la investigación misma, asegurar e incautar los documentos privados, incluyendo documentos contables y administrativos. Ello favorecerá la investigación y cuidará la reserva de la información contenida en los documentos.

El principal presupuesto es la existencia de una investigación por hecho punible. De este modo, la policía o el fiscal que con ocasión de un registro personal o en una diligencia de allanamiento, encuentra en poder del intervenido o en el lugar de la intervención o allanamiento, algún documento privado y no ha recabado previamente orden judicial

de incautación, deberá asegurar dicho documento *sin examinar su contenido*. Además, el fiscal deberá ponerlo a disposición del juez dentro de las veinticuatro horas, y acompañará un informe solicitándose su incautación, previo examen del documento. La ley procesal obliga al juez a resolver dicho pedido en el término de un día (art. 230). El mismo procedimiento se sigue en caso de documentos o comprobantes contables y administrativos de una persona natural o jurídica.

También se establece que si el fiscal toma conocimiento de que una persona tiene documentos que son útiles para la investigación, solicitará al juez de la investigación preparatoria, ordenar su incautación. En este caso, el juez resolverá inmediatamente, sin trámite alguno, y señalará el nombre del fiscal, también de la persona a intervenir y, de ser posible, el tipo de documento materia de incautación.

4.10 El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria

4.10.1 Protección constitucional del secreto bancario y de la reserva tributaria

El derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria tiene marco constitucional. En la Carta Magna se consagra el derecho de la persona “a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibir de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional” (art. 5).

En tal sentido, el derecho de acceso a la información pública es un imperativo constitucional, pero sin afectar otros derechos fundamentales, como el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y el derecho a la intimidad. De esta manera, se protege el ámbito de la intimidad de la persona referido a informaciones estrictamente personales incluyendo la económica o financiera y se impide el acceso de cualquier persona al conocimiento de documentos o información privados, si no se cuenta con la autorización del titular de dicho derecho o con una orden judicial.

Ciertamente, dentro de dicho marco constitucional, toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria; sin embargo, la naturaleza relativa de este derecho permite que tal secreto o reserva pueda ser levantada mediante autorización judicial si se satisface la exigencia legal. En efecto, el artículo 2, inciso 5, segundo párrafo⁽²²⁰⁾ de la Constitución establece que el secreto bancario y la reserva tributaria “pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

Por *secreto bancario* se puede entender aquella información económica o financiera que, de manera reservada u oculta, tienen los bancos respecto de sus clientes. Desde esta perspectiva, los bancos deben cuidar que tal información no sea de conocimiento de terceros⁽²²¹⁾. El Tribunal Constitucional ha sostenido que la protección constitucional que se dispensa “con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad –términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos– de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado (...) En tal sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras⁽²²²⁾. Este secreto bancario se sustenta principalmente en el derecho a la intimidad.

El Código regula esta limitación al derecho constitucional cuando se faculta al juez de la investigación preparatoria a ordenar, *reservadamente y sin trámite alguno*, el levantamiento del *secreto bancario*,

(220) Esta misma norma constitucional señala en su primera parte que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública; sin embargo, se exceptúan aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

(221) Véase la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, N.º 26702.

(222) Véase STC N.º 1219-2003-HD, caso Nuevo Mundo Holding S. A., del 21 de enero de 2004, fundamento 5.

siempre que sea indispensable para la investigación. Como sabemos, el secreto bancario es aquella obligación que tienen las entidades bancarias, en las personas de sus directores o funcionarios, de no suministrar información de las operaciones financieras o cuentas de sus clientes, tal como lo señala la Ley 26702 (art. 140), Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

4.10.2 Procedimiento en materia de levantamiento del secreto bancario

Conforme a la ley procesal, el pedido fundamentado lo hace el fiscal al juez de la investigación preparatoria, quien lo ordena. Una vez recibido el informe que emitan las instituciones bancarias, se podrá disponer la incautación de documentos, títulos valores, sumas de dinero u otro bien, o el bloqueo o inmovilización de cuentas. El presupuesto indispensable es la existencia de una relación del bien con los hechos delictivos que se investigan. El mandato judicial puede recaer en los bienes del imputado o en aquellos bienes que se encuentren registrados a nombre de otras personas (art. 235.2).

También se podrá ordenar, a pedido del fiscal, las pesquisas o registro de una entidad del sistema bancario o financiero. Por su parte, las entidades o empresas requeridas judicialmente están obligadas a proporcionar la información requerida, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, incluso las actas y documentos originales, si fuera el caso.

La ley procesal también faculta al fiscal a requerir directamente la información sobre operaciones que no se encuentren comprendidas como secreto bancario, cuando sea necesario para su investigación.

4.10.3 Aplicación análoga en el caso de levantamiento de reserva tributaria

Igual procedimiento se sigue en los casos de levantamiento de la *reserva tributaria*⁽²²³⁾, mediante el cual se podrá requerir a la administra-

(223) Conforme se establece en el artículo 85 del Código Tributario: "Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tri-

ción tributaria para que exhiba o remita la información, documentos o declaraciones tributarias, siempre que sea necesario para el esclarecimiento de los hechos que se investigan (art. 236).

Tanto en el caso del levantamiento del secreto bancario como en el de la reserva tributaria, las autoridades fiscales y judiciales deberán proceder con suma cautela y siempre que exista motivo fundado para recabar dicha información, precisamente por lo sensible que resulta a los derechos que la misma Constitución reconoce a las personas.

4.11 Clausura o vigilancia de locales e inmovilización

4.11.1 Concepto

Se trata de una diligencia de naturaleza policial con una finalidad probatoria, pues, como lo señala CAFFERATA NORES, la clausura busca impedir que sean alterados los rastros o las huellas que el delito hubiera dejado en el lugar, o evitar la destrucción o adulteración de las pruebas de la comisión del delito allí existentes⁽²²⁴⁾. La misma finalidad tiene la vigilancia de los locales. La inmovilización de las cosas muebles busca asegurar su custodia y ser útiles como medio probatorio.

Todas estas medidas restrictivas de derechos de propiedad y posesión requieren necesariamente orden judicial (arts. 237-241).

4.11.2 Características

Esta diligencia tiene características particulares:

- a) *Motivación*. Se exige el pedido fundamentado del fiscal donde exprese la necesidad de la medida y lo que se espera lograr con ello;

butaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtengan por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros".

⁽²²⁴⁾ CAFFERATA NORES, J. *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 259.

- b) *Excepcionalidad*. La medida debe ser excepcional, aplicable para la investigación del delito;
- c) *Gravedad de la infracción*. El delito debe ser sancionado con pena superior a cuatro años. Se prioriza la medida para casos graves, y se excluye su adopción en los casos de bagatela; y
- d) *Temporalidad*. La medida no debe durar más de quince días, prorrogables por un tiempo igual.

4.11.3 Procedimiento

Conforme al procedimiento a seguir y una vez formulada la solicitud, el juez puede negar el pedido o resolverlo autorizando la medida e indicando el nombre del fiscal que debe de realizar la diligencia. Igualmente, debe señalar expresamente el local o bien mueble, el tiempo de duración y los apercibimientos para el caso de resistencia al mandato (art. 239).

También se establece que en casos de urgencia o de peligro por la demora, el fiscal podrá ordenar y ejecutar la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de bienes muebles, cuando sea indispensable para dar inicio o continuar la investigación, pero deberá solicitar al juez la resolución *confirmatoria* dentro de un día de realizada la medida (art. 241).

En realidad, el fiscal debería tener mucho cuidado con la ejecución de las medidas limitativas de derechos que disponga por cuestiones de urgencia. Entendemos que debe contar con los elementos de juicio suficientes para adoptar esa medida y que no exista otra forma de alcanzar el mismo objetivo o formulando el pedido a la autoridad judicial con la mayor rapidez.

Parte IV

MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL



Capítulo Único

MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

1. ASPECTOS GENERALES

Como lo hemos reiterado, el CPP 2004 es de corte garantista, se ubica dentro del marco de la Constitución, y es, ciertamente, respetuoso de los derechos fundamentales de la persona.

Estos derechos son aquellos inherentes a la persona por el solo hecho de la existencia humana y se encuentran reconocidos por los Estados sin distinción alguna. De este modo, aparece en nuestra Constitución cuando esta consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el Estado. De allí que el artículo 2 establece los derechos fundamentales de las personas. No obstante, estos derechos pueden ser objeto de restricción por el juez, conforme a la ley. También se consideran aquellos derechos no enumerados previstos en el artículo 3 de la misma Constitución⁽²²⁵⁾.

El marco jurídico de protección de los derechos fundamentales, a nivel supranacional, es extenso. Así tenemos, la Declaración Universal

(225) Dicha norma constitucional establece lo siguiente: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

de Derechos Humanos de 1948 (arts. 1 y 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 9) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica (arts. 4 y 7). Por tanto, la limitación de algunos de ellos, se debe encontrar estrictamente regulada en nuestra legislación ordinaria y su adecuada aplicación le corresponde a los órganos jurisdiccionales.

2. CONCEPTO

Las medidas cautelares o de coerción procesal, como las llama el CPP 2004, son aquellas medidas judiciales que tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado a la sede judicial y la efectividad de la sentencia⁽²²⁶⁾, tanto en el ámbito punitivo como en el resarcitorio. Las medidas cautelares o coercitivas cumplen la función de aseguramiento de los objetivos del proceso penal, que se aplica para casos taxativamente previstos en la ley y bajo determinados principios, principalmente los de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad.

A este conjunto de medidas, SAN MARTÍN CASTRO⁽²²⁷⁾ las denomina *medidas provisionales* y las define como “los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones prejudiciales que el imputado podrá realizar durante el transcurso del proceso de declaración”. Asimismo, les otorga funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivo-coercitivas. En efecto, las medidas de coerción, tal y como han sido diseñadas en el Código Procesal Penal de 2004, cumplen las funciones mencionadas, pues buscan lo que sigue: a) asegurar la eventual sentencia condenatoria, b) impedir actuaciones obstruccionistas del imputado en relación a la actividad probatoria y c) evitar que el imputado incurra en hechos punibles similares.

La característica fundamental de este tipo de medidas es su instrumentalidad, porque no tiene una finalidad en sí misma, sino que

(226) GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004, p. 481.

(227) SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, Grijley, Lima, 2003, p. 1072.

está vinculada a la causa principal. El conjunto de medidas de coerción existen en función del proceso penal.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES

Las medidas coercitivas se rigen por determinados principios que nacen de la Constitución y los convenios o pactos internacionales relacionados con los derechos fundamentales de la persona⁽²²⁸⁾. Por nuestra parte señalamos los siguientes principios:

- a) *Respeto a los derechos fundamentales.* Es el marco rector de las medidas de coerción previstas por la ley procesal. Constituye lo que primero ha considerado el legislador al regular los principios en la determinación de las medidas coercitivas cuando establece que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, “solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.” (art. 253.1). No cabe una medida coercitiva o cautelar fuera del ámbito del respeto a los derechos humanos.
- b) *Principio de excepcionalidad.* Las medidas coercitivas se aplican excepcionalmente, es decir, cuando fuera absolutamente indispensable para los fines del proceso penal, de tal manera que la autoridad jurisdiccional debe de considerar, en primer orden, la citación simple, y solo adoptar aquellas otras de mayor intensidad cuando fuere estrictamente necesario.
- c) *Principio de proporcionalidad.* La medida de coerción que se impone debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal

⁽²²⁸⁾ Erica – Irene, A. DAES, Naciones Unidas, N. Y., 1990, pp. 148 y ss. En este estudio se señalan los siguientes principios: el de legalidad, el de imperio del derecho, el de respeto a la dignidad del individuo, el referido a los derechos y libertades absolutos y el que las limitaciones o restricciones constituyen excepciones, el de igualdad y no discriminación, el de ser oído públicamente y con las debidas garantías, y el de publicidad.

existente y que a su vez se relaciona con delito doloso o culposo y la gravedad o no de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, entre otros factores propios de la conducta penal y procesal. La comisión de un delito de poca intensidad o considerado leve puede merecer una medida de coerción de su misma intensidad o proporcionalidad.

- d) *Principio de Provisionalidad*. Las medidas de coerción solo se sujetan a la regla *rebus sic stantibus*. Se aplican por el tiempo estrictamente necesario para alcanzar sus fines y, en todo caso, hasta alcanzar los fines del proceso. No son medidas definitivas sino provisionales, lo que significa que en cualquier fase procesal o una vez concluido el proceso cesa o se convierten en medidas definitivas a través de otras formas procesales. Al mismo tiempo, las medidas son *temporales* por cuanto la ley establece los plazos máximos de duración.
- e) *Principio de taxatividad*. Solo se pueden aplicar las medidas coercitivas que se encuentran reguladas en la ley procesal, de allí que se haga mención expresa a que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa autorización legal (art. 253.2). En tal sentido, el fiscal no podrá solicitar ni el juez imponer una medida de coerción que no se encuentre regulada en la ley de manera expresa.
- f) *Principio de suficiencia probatoria*. La adopción de las medidas coercitivas se decide con sustentación de elementos probatorios. Estas medidas se vinculan, principalmente, al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria. El legislador utiliza la frase de suficientes *elementos de convicción* para referirse al cúmulo de pruebas en que se debe basar el mandato judicial.
- g) *Principio de motivación de la resolución*. La motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁹⁾ El art. 139.5 de la Constitución consagra: "La motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

Tratándose de decisiones judiciales que importan restricción de derechos de las personas, las mismas deben ser suficientemente motivadas. En consecuencia, la resolución judicial (auto) que ordena la medida de coerción exige fundamentarla acorde con la norma constitucional y los requisitos que la ley establece. Por ello se exige, bajo sanción de nulidad, que contenga una exposición breve de los hechos, la cita de las normas transgredidas, la finalidad que se persigue, los elementos de convicción que sustentan la medida, el tiempo de duración y los controles de ejecución (art. 254).

- h) *Principio de judicialidad.* Las medidas de coerción solo son dictadas por el órgano jurisdiccional⁽²³⁰⁾, a pedido del fiscal o de las partes, antes del proceso y durante el mismo. Al Ministerio Público se le reconoce alguna medida de coerción como es la orden de *conducción compulsiva*.
- i) *Principio de reformabilidad o variabilidad.* La medida de coerción puede ser objeto de modificación por la autoridad jurisdiccional sea a pedido de las partes o de oficio por el mismo juez, cuando se cumpla lo siguiente: a) varíen los supuestos que motivaron su imposición y b) por desobediencia a los mandatos judiciales, es decir, cuando se incumplen las reglas de conducta dispuestas del juez. La variabilidad de las medidas pueden ser de mayor a menor intensidad y viceversa.

4. PRESUPUESTOS

Existen dos presupuestos que la doctrina reconoce y que son de suma utilidad para marcar los lineamientos básicos en la adopción de las medidas coercitivas o cautelares. El *periculum in mora* o peligro en la demora, radica en el peligro procesal de fuga del procesado, la ocultación personal, el entorpecimiento de la prueba, el ocultamiento de sus bienes, etc. El *fumus bonis iuris*, es la razonada atribución del

⁽²³⁰⁾ GIMENO SENDRA, V. lo denomina principio de *jurisdiccionalidad* (*Derecho procesal penal*, cit., p. 482).

hecho punible a una persona y que, al igual que el primer supuesto, se debe de sustentar con suficientes elementos de convicción.

Asimismo, podemos sintetizar las características formales de todas las medidas de coerción: resolución judicial mediante auto motivado, la descripción breve de los hechos, la finalidad específica de la medida, los elementos de convicción (prueba) que la sustentan y el tiempo de duración de la medida.

5. CLASIFICACIÓN

Las medidas de coerción procesal pueden incidir sobre derechos personales o de carácter patrimonial o real del imputado. De ahí la clasificación que se sigue.

Las medidas de coerción personales estipuladas en la regulación del código son:

- a) La detención
- b) La prisión preventiva
- c) La comparecencia
- d) La internación preventiva
- e) El impedimento de salida del país
- f) La suspensión preventiva de derechos

Mientras que las medidas de coerción reales son:

- a) El embargo
- b) La orden de inhibición
- c) El desalojo preventivo
- d) Medidas anticipadas
- e) Medidas preventivas contra personas jurídicas
- f) Pensión anticipada de alimentos
- g) La incautación

6. MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

La libertad personal se erige en uno de los derechos fundamentales y de mayor valor, consagrado en el artículo 2.24 de la Constitución Política del Estado. En aras de garantizar la eficaz protección de la libertad personal, coincidimos con el Tribunal Constitucional, cuando manifiesta: “La libertad personal no solo tiene una dimensión subjetiva, que garantiza la prohibición de injerencias arbitrarias en un ámbito de libertad corporal y locomotora de todo procesado, sino también una dimensión objetiva, que comporta diversos deberes a cargo del Estado, entre los cuales se encuentra el de prever un orden normativo dirigido a hacer posible que la dimensión subjetiva de la libertad personal no sea perturbada en su disfrute y ejercicio”⁽²³¹⁾.

Para RAMOS MÉNDEZ, lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal es la “necesidad de garantizar la sujeción de una persona al proceso penal”. Agrega: “En la medida en que esa disponibilidad sea obvia, la medida cautelar carece de razón de ser, ya que toda medida cautelar anticipa en cierta medida los efectos de la ejecución y hay que proceder con suma cautela en su aplicación. Si además se tiene en cuenta que la pena principal en el proceso penal es la privación de la libertad, cualquier fórmula anticipatoria corre el riesgo de convertirse asimismo en pena anticipada. El riesgo lo asume necesariamente el sistema de medidas cautelares en el proceso penal, pero estableciendo requisitos que hay que respetar escrupulosamente”⁽²³²⁾.

Le corresponde a la autoridad jurisdiccional decidir sobre la situación jurídica del imputado, asegurar su presencia, evitar el peligro de ocultamiento de la justicia o de perturbación de la actividad probatoria, y asegurar el cumplimiento de la sentencia. La misma ley establece que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa *autorización legal* y se impondrá con respeto al principio de

(231) STC Exp. N.º 6201-2007-PHC/TC-Lima, de fecha 10 de marzo de 2008 (caso Moisés Wolfenson Woloch, fundamento 10 de voto singular del magistrado Eto Cruz).

(232) RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Sexta lectura constitucional, JM Bosch, Barcelona, 2000, p. 173.

proporcionalidad y siempre que existan elementos de convicción “por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva” (art. 253.3). Es de señalar que el legislador introduce un nuevo objetivo de naturaleza preventiva que radica en la adopción de las medidas coercitivas cuando considera la necesidad evitar el peligro de *reiteración delictiva*, lo que exige la evaluación judicial para conocer de la posibilidad de la comisión de un nuevo delito que involucre al imputado.

6.1 La detención

Este tipo de privación de libertad ambulatoria posee las siguientes características: a) es de corta duración y b) procede con fines de investigación preliminar. No está dirigida a garantizar la futura ejecución de la pena, por lo que puede catalogarse como una medida precautelar.

El Código establece los siguientes tipos de detención: policial, arresto ciudadano, preliminar judicial y judicial en caso de flagrancia delictiva⁽²³³⁾.

6.1.1 La detención policial

En el presente texto incluimos a la detención policial dentro de las medidas coercitivas por la sistemática del Código mismo y porque, además, en algunos casos, hay intervención de la autoridad judicial.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 2.24.f, regula este tipo de detención policial, y la condiciona a la existencia de flagrancia delictiva. El delito flagrante es aquel donde el agente es descubierto en el momento en que comete el delito. La flagrancia del delito y la detención de la persona tienen sustento constitucional cuando en el art. 2 se establece que nadie puede ser detenido sino por mandamiento

⁽²³³⁾ Figura introducida mediante Decreto Legislativo N.º 1298, de fecha 30 de diciembre de 2016.

escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (inc. 24.f).

La doctrina y la legislación anterior han reconocido los criterios para considerar la detención policial de una persona, fuera de mandato judicial, pero en delito flagrante (los estados de flagrancia) a) flagrancia propia, b) cuasi flagrancia y c) presunción legal de flagrancia⁽²³⁴⁾. En consecuencia, los criterios legales que deben de observarse para su aplicación son:

- a) Existe flagrancia cuando el sujeto agente *es descubierto en la realización del hecho punible* (flagrancia propiamente dicha).
- b) Cuando el agente *acaba de cometerlo*, es decir, es capturado inmediatamente de haber realizado el hecho punible (cuasi flagrancia).
- c) Cuando el agente “ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible”. Esta fórmula constituye en sí una *presunción legal de flagrancia* en atención a la *identificación del agente*, lo que hace viable la detención de una persona, no en el momento en que comete el delito, sino luego de haber sido identificado por los medios ya indicados y siempre que la captura se realice dentro de las 24 horas siguientes. Este supuesto exige de la policía una actuación investigativa rápida y de resultado. Es de estimarse que el mayor inconveniente se presentará cuando se trate de la identificación personal que haga el agraviado o el testigo respecto del agente infractor debido a la fragilidad de la memoria, el estado de tensión, nerviosismo o confusión que pueda tener en tales circunstancias. Por lo mismo, la policía y el fiscal –si estuviera en la

⁽²³⁴⁾ Véase también como antecedente la Ley N.º 27934, ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, del 12 de febrero del 2003. La ley vigente en esta materia, data de agosto de 2010: Ley 29569.

dirección de la investigación– habrán de actuar con mucho cuidado y profesionalismo.

- d) Cuando el agente es encontrado “dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”. Este supuesto constituye la *presunción legal de flagrancia* en atención a los *efectos o instrumentos encontrados en su poder*, relacionados con el delito, que es el supuesto ya conocido y que tiene como límite el término de 24 horas desde el momento de su perpetración.

Debe precisarse que si bien es cierto en el artículo 264 del presente código hace mención de los plazos de detención en caso de flagrancia delictiva son aplicables los establecidos en el artículo 2.24f de la Constitución Política, artículo que fue objeto de una reforma constitucional mediante Ley N.º 30558⁽²³⁵⁾. El caso de detención máxima para delitos comunes es el plazo de 48 horas, y para delitos como terrorismo, tráfico ilícito de drogas y cometidos por organizaciones criminales es de 15 días.

6.1.2 El arresto ciudadano

El arresto ciudadano o detención por particulares constituye una *facultad* que asiste a todo ciudadano de privar de la libertad deambulatoria a otro, en los casos de delito flagrante⁽²³⁶⁾ con la obligación de poner al detenido a disposición inmediata de la autoridad policial. El arresto ciudadano se caracteriza por lo siguiente: a) Se trata de una privación de la libertad practicada por un ciudadano; b) constituye una facultad, es decir, el ciudadano no está obligado a realizar tal arresto; y c) procede solo en caso de delito flagrante.

⁽²³⁵⁾ De fecha 9 de mayo de 2017.

⁽²³⁶⁾ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 489.

En realidad, esta aprehensión ya era práctica conocida, como conocidos eran también los excesos en que podían incurrir por los ciudadanos, sean víctimas o testigos. Lo que hace el legislador es regular mejor esta forma de intervención y detención previsto en el art. 260 bajo determinadas reglas.

De acuerdo con la ley procesal hay que satisfacer los siguientes requisitos:

- a) Que el arresto se produzca por un(os) ciudadano(s). La ley no exige que se trate de la víctima o testigo del delito flagrante, por lo tanto, puede ser cualquier persona que avisada de la comisión de un delito flagrante pueda intervenir inmediatamente.
- b) Esta forma de detención es facultativa. A diferencia de la policía en que resulta ser obligatorio en estos casos (flagrancia). Lo que significa que si el ciudadano no interviene en las circunstancias descritas, tal omisión no es materia de reproche penal alguno.
- c) Debe tratarse de un caso de flagrante delito, en la forma que el artículo 259 prevé. Dada la forma descrita en dicha disposición procesal, se comprenden todos los supuestos señalados. La práctica exigirá la adopción de medidas necesarias a fin de dar cumplimiento estricto a la ley.
- d) La persona arrestada debe ser entregada inmediatamente, junto con los objetos vinculados con el delito, a la autoridad policial más cercana.
- e) La policía debe elaborar un acta donde conste la entrega y las circunstancias de la intervención.

Esta facultad concedida al ciudadano no autoriza a mantener a la persona arrestada privada de su libertad, pues podría incurrir en la comisión de delito.

6.1.3 Detención preliminar por mandato judicial

Fuera de los casos de flagrancia, la Constitución autoriza la detención de una persona por mandato motivado del juez, sea en fase

de investigación preliminar o preparatoria. La detención preliminar judicial es aquella que se produce durante dicha fase procesal en casos especiales, pero por mandato judicial y a solicitud del fiscal.

De acuerdo con el art. 261 del Código, el juez de la investigación preparatoria dictará auto motivado cuando: a) fuera del caso de flagrancia, existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito que es sancionado con pena privativa superior a cuatro años y pueda existir posibilidad de fuga, b) el imputado es sorprendido en flagrante delito pero logra evitar la detención; y c) cuando el detenido se fugara de un centro de detención preliminar (art. 261). La orden debe contener los datos más importantes de la persona: nombres y apellidos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento. Dicha requisitoria caduca automáticamente a los seis meses, salvo renovación. La ley establece que no caduca para los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje, en los cuales la requisitoria es permanente.

Producida la detención, la policía hará saber al detenido el motivo de la privación de la libertad, comunicará al Ministerio Público y pondrá al detenido a disposición del juez que ordenó la medida. El plazo máximo de la detención preliminar será de setenta y dos horas. Excepcionalmente, y siempre que concurren los motivos señalados en el párrafo anterior y se presente circunstancias de especial complejidad, podrá durar un plazo máximo de siete días; vencido este, el fiscal decidirá si dispone la libertad del imputado o si solicita al juez que dicte la prisión preventiva u otra medida. Tratándose de delitos cometidos por organizaciones criminales, el plazo de detención preliminar será no mayor a 10 días.

Se trata de una medida excepcional que, dada la urgencia fiscal, debe ser resuelta por el juez según los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, principalmente. El presupuesto de importancia lo constituye el peligro procesal (de fuga o de perturbación de la prueba). Dictada la resolución motivada por el juez, se comunica al fiscal para su ejecución. No se notifica a la persona afectada. Esta tiene derecho a impugnar el auto judicial. El fiscal con el apoyo de la policía agotarán los medios necesarios para buscar los elementos de

prueba que necesitan, culminar con esta etapa y decidir el tránsito a la investigación preparatoria. Así requiere al juez la prisión preventiva u otra medida de coerción penal de menor intensidad⁽²³⁷⁾.

6.1.4 *Detención preliminar incomunicada*

El código también regula la *incomunicación* de la persona detenida preliminarmente, pero se requiere para ello del cumplimiento de ciertos requisitos que se relacionan con la naturaleza del delito, la jurisdiccionalidad, la necesidad de la medida y el plazo de duración. Estos requisitos son los siguientes:

- a) Solo procede para los casos de delitos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas o delito sancionado con pena mayor a seis años, es decir, la incomunicación se solicitará y aplicará en los delitos considerados expresamente y aquellos graves.
- b) El pedido de incomunicación lo formula el fiscal al juez de la investigación preparatoria. Se exige motivación tanto en el pedido como en la decisión o rechazo por parte del juez.
- c) La medida debe ser *indispensable* para el esclarecimiento de los hechos, lo que forma parte de la motivación de pedido y decisión.
- d) La medida de incomunicación tiene un plazo no mayor a diez días. La incomunicación no impide que el detenido pueda entrevistarse con su defensor. Para ello, –establece la ley– no se requiere autorización previa ni puede haber prohibición (art. 265).

Es necesario señalar que todas las medidas que dicta el juez de la investigación preparatoria sobre la detención preliminar, la incomunicación y la convalidación de la detención son susceptibles de impugnación

⁽²³⁷⁾ Por lo general, el fiscal requiere de la detención preliminar para asegurar la captura del imputado antes de pedir la prisión preventiva. Esta forma excepcional de privación de la libertad no debe ser considerada como un presupuesto para requerir la prisión preventiva.

en el término de un día, Cumplido este se eleva lo actuado inmediatamente a la Sala de Apelaciones a fin de que emita la resolución que corresponda en el término de dos días.

6.1.5 Detención judicial en caso de flagrancia

Mediante el Decreto Legislativo N.º 1298⁽²³⁸⁾ se introdujo la figura de detención judicial en caso de flagrancia. En esta nueva regulación, se estableció lo siguiente (artículo 266):

- a) El fiscal puede requerir al juez de la investigación preparatoria dentro de las doce (12) horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión del mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete (7) días, cuando por las circunstancias del caso, se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.
- b) En los delitos cometidos por organizaciones criminales, la detención judicial por flagrancia puede durar hasta un plazo máximo de diez (10) días.
- c) Se dispone un trámite procedimental al respecto, el cual se realiza a través de una audiencia de carácter inaplazable con asistencia obligatoria del fiscal, el imputado y su abogado defensor.

En dicha audiencia, el juez deberá pronunciarse mediante resolución judicial motivada sobre la legalidad de la detención del imputado conforme al artículo 259, y la necesidad de dictar la detención judicial, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público.

- d) De la resolución judicial que ordena la detención judicial en caso de flagrancia procede recurso de apelación. El plazo para apelar es de un día. La apelación no suspende la ejecución del auto impugnado.

⁽²³⁸⁾ Publicado en el diario oficial el 30 de diciembre de 2016.

El juez eleva en el día los actuados a la Sala Penal, la que resuelve previa audiencia dentro de las 48 horas de recibidos los autos. La decisión se expide en audiencia, bajo responsabilidad.

6.2 Prisión preventiva

Se trata de la medida coercitiva de mayor gravedad en el proceso penal, pues importa la privación de la libertad del imputado mientras dure el proceso, hasta que se varíe por otra medida o cese dicha privación.

Como se ha dicho, la libertad constituye uno de los derechos más preciados de la persona, o como lo ha señalado BURGOA es la condición indispensable para que el individuo desarrolle su personalidad⁽²³⁹⁾. Por ello, en la Constitución Política del Estado se establece el derecho de la persona, no solo a elegir el lugar de residencia, sino “a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, *salvo* limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial” (art. 2.11).

Tratándose de la libertad, como derecho fundamental, su restricción no podía ser concedida a otra autoridad que no sea la jurisdiccional, en los casos y según los requisitos previstos por la ley. Esta medida se adopta excepcionalmente y su finalidad es asegurar la presencia física del imputado a las diligencias judiciales que la autoridad investigadora o juzgadora determine, así como asegurar la ejecución de la pena, medida a la cual también se le debe aplicar el test de *proporcionalidad*.

6.2.1 Presupuestos

Conforme a la regulación procesal, corresponde al Ministerio Público pedir al juez la prisión preventiva del imputado, para lo cual deberá acompañar los elementos necesarios. De allí que el juez, “atendiendo a los primeros recaudos”, apreciará la concurrencia de los presupuestos que establece la ley. Consecuentemente, el pedido de prisión preventiva no procede de oficio, sino solo a petición del único sujeto procesal legitimado para tales fines: el fiscal, lo que no

⁽²³⁹⁾ BURGOA, I. *Las garantías individuales*. 19.ª edición, México, 1985, p. 19.

se contrapone con la facultad del juez a *variar* la medida “aun de oficio” (art. 255.2).

Nuestra Corte Suprema, en diversos pronunciamientos, se ha encargado de desarrollar las normas sobre los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva; sin embargo, no se ha limitado a lo estrictamente legal, sino ha ido más allá. En especial, en la Casación N.º 626-2013/Moquegua, ha acogido las buenas prácticas de los distritos judiciales en donde se aplica el CPP 2004, y ha dado directivas, más allá de la norma, en pro de una aplicación uniforme y respetuosa de los derechos fundamentales en conflicto. A continuación, desarrollaremos la referida doctrina jurisprudencial de la casación aludida, en conjunto, con lo previsto en la norma.

La ley procesal en su art. 268.I establece los presupuestos para que el juez decida la prisión preventiva: “a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad; y c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

Como podemos apreciar, son tres los presupuestos que señala la norma. Al respecto y para un mejor desarrollo de la audiencia de prisión preventiva, la Casación N.º 626-2013/Moquegua acoge la buena práctica de argumentar por partes –esto es, punto por punto–, los presupuestos materiales señalados en el artículo 268 del CPP 2004, con la finalidad de que el juez capte íntegramente la información sobre cada uno de ellos, por lo que puede hacer preguntas al respecto, y contar con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida. Asimismo, en la referida casación se prevén las partes en que se dividirá el debate contradictorio: a) de los fundados y graves elementos de convicción, b) de una prognosis de pena mayor a cuatro años, c) de peligro procesal, d) la proporcionalidad de la medida y v) la dura-

ción de la medida. Todos estos puntos deben ser comprendidos en el requerimiento escrito del Ministerio Público. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos, y que el juez analice y resuelva cada uno, de modo que el debate se divida en cada uno de los cinco puntos indicados y se ejerza contradicción uno a uno. Así, agotado uno se pasará al otro.

En primer lugar, en el desarrollo de la respectiva audiencia, se tratará sobre los graves y fundados elementos de convicción (importantes elementos de prueba). En tal sentido, el fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentarán sus dichos. Seguidamente, el juez cederá el uso de la palabra a la defensa para que exponga lo necesario (con ella da lugar al debate contradictorio). Corresponde al órgano jurisdiccional dirigir la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el juez logrado la información que requiere, otorgará el uso de la palabra al fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, según los mismos términos. Posteriormente, el debate se centrará en el peligro procesal, donde el fiscal indicará específicamente cuáles son sus fundamentos; la defensa hará lo propio. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración; como es debido, el fiscal debe motivar su requerimiento escrito, y demostrar por qué la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. A su vez, la defensa podrá cuestionarlo. El juez controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, podrá resaltar las contradicciones notorias y hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Sobre los fundados y graves elementos de convicción

La ley exige la necesidad que tiene el juez de evaluar los elementos de convicción que acompaña el fiscal en su pedido, de tal manera que sirvan para sustentar la imposición de la medida; es decir, la labor investigadora preliminar debe relacionar al imputado con la comisión

del delito. En caso de existir suficiencia probatoria sobre el delito, pero sin vinculación con el imputado, no se satisface este presupuesto. La disposición procesal no hace distinción de participación delictiva (autor, cómplice primario, secundario, instigador). También es del caso señalar que esta medida de coerción procede tanto por la comisión de delito doloso como culposo.

La existencia de este presupuesto debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos durante la investigación preliminar sobre cada uno de los aspectos de la imputación penal. Es necesario que el fiscal sustente claramente su pretensión. La defensa, con frecuencia, centra su cuestionamiento y debate en el peligro procesal. Puede pedir otra medida en lugar de la prisión preventiva y es poco frecuente que se allane al requerimiento fiscal.

La Casación N.º 626-2013/Moquegua, refiere que para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al grado que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria. Asimismo, la Sentencia Casatoria Plenaria N.º 1-2017, en su análisis sobre el “Estándar de prueba de la actividad criminal que genera ganancias ilegales – exigencias legales según las etapas procesales”, abordó el supuesto de convicción judicial referido a la prisión preventiva, y estableció que para su emisión, se requería *sospecha grave*, o sea, “(...)fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”. Este tipo de sospecha, según la Sentencia Casatoria Plenaria, es el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que “(...) requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) [Claus Roxin: Obra citada, p. 259]. Esta es una *conditio sine qua non* de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. (...) La expresión ‘sospecha grave’ debe ser interpretada en sentido cuantitativo, es decir, denotando un grado de intensidad mayor que la precedente, que

permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito [Odone Sanguiné: Prisión provisional y derechos fundamentales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 471]” (fundamento 24.D).

Por otro lado, en torno a éste tema, la Corte Suprema en un último pronunciamiento. Acuerdo Plenario N.º 1-2019, ha establecido, siguiendo con línea jurisprudencial de la Sentencia Plenaria antes citada, que se requiere entender la sospecha grave y fundada, como sospecha fuerte. “Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes (STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ3ro); esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria (...) Este juicio de probabilidad fuerte o alto grado de probabilidad (...) requiere asumir con tal entidad o nivel de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho delictivo –como autor o participe– y de que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y de la perseguibilidad (...). (FJ. N.º 25).

Señalado Acuerdo Plenario, en cuanto al juicio de imputación, establece que el hecho sea delictivo (tipicidad penal) y que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de responsabilidad, ya que la prisión preventiva supone cierto grado de desarrollo de la imputación, en donde no basta la concurrencia de meros indicios o sospechas genéricas, se exigen fuentes-medios de investigación o prueba directa o indirecta. En términos del Acuerdo Plenario: “En suma se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones de la causa, que con alta probabilidad permiten concluir, provisionalmente como es obvio, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado –que hay probabilidad, alta, de delito (con la presencia –agregamos– de todas sus categorías materiales; tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, así como de los presupuestos procesales correspondientes) y que el imputado es el responsable del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 241/2009, de 13 marzo) (...)” (FJ. N.º 27).

Finalmente, en cuanto a éste tema y por la importancia que adquiere en la actualidad el uso de las declaraciones de postulante a colaboradores, la Corte Suprema, en el ya mencionado Acuerdo Plenario, ha reiterado la exigencia de otras pruebas o medios de investigación que corroboren dichos testimonios, de conformidad con el art. 158 del CPP 2004, señalando, en cuanto a la identidad del colaborador que: “(...) a los efectos del juicio de prisión preventiva no necesariamente debe ser conocida por el órgano jurisdiccional”; y además que: “(..) la versión del colaborador no debe ser la única relevante, sino que ha de estar corroborada por otros medios-fuentes de prueba (STEDH, de 27 de febrero de 2001, Caso Luca vs Italia). Es decir, no ha de ser la única fuente de prueba, pues se requerirán datos externos de carácter objetivo, un respaldo en otros medios-fuentes de investigación o de prueba, distintas de la propia declaración del colaborador o aspirante a colaborador eficaz (...). Además también es de rigor apreciar la credibilidad subjetiva del declarante, su testimonio ha de ser fiable para lo cual se valorara la precisión, coherencia y credibilidad del relato, así como la firmeza o persistencia mostrada durante el procedimiento” (F.J. N.º 32).

Sobre la prognosis de pena

El segundo presupuesto material de la prisión preventiva es “que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad”. Al igual que la legislación anterior, nos encontramos con la probabilidad de una pena a imponer mayor a cuatro años. El análisis y razonamiento judicial debe llevar al juez a determinar, en vía de probabilidad y con las pruebas que presenta el fiscal, la pena que podría imponer al imputado. No se trata de un prejuzgamiento, sino de una prognosis de pena de naturaleza temporal, útil solo para decidir la prisión.

La Casación N.º 626-2013/Moquegua sostiene que esta prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer, que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversal de los principios de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal; y/o con la valoración de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre

la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley. Al respecto debe tenerse en cuenta el sistema de tercios, establecido en el artículo 45-A del Código Penal, adicionado por la Ley N.º 30076, sobre la base de tres factores: a) circunstancia generales atenuantes y agravantes b) causales de disminución o agravación de la punición y c) las fórmulas de derecho premial. Por otro lado, será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, lo que se establece en el artículo 47 del Código Penal.

Sobre el peligro procesal

Este presupuesto, se estipula en el art. 268.3: “Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”. Se trata del elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo cual ha sido reconocida a nivel jurisprudencial, tanto del Poder Judicial, como de nuestro máximo intérprete de la Constitución. Se divide en dos: a) peligro de fuga y b) peligro de obstaculización probatoria.

Este elemento tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enunciativo. Por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. El CPP 2004 en los artículos 269 y 270 establece los criterios para determinar cuándo estamos ante cualquiera de ambos peligros. En este punto, también será importante señalar los aportes del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema.

Peligro procesal por temor de fuga

En este caso, los criterios que la ley establece para determinar el peligro por temor de fuga del imputado son los siguientes:

- a) *El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios*

o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Estos criterios permiten establecer si el imputado, en razón de su familia, sus propiedades, su domicilio, residencia habitual, su trabajo o bienes está en las condiciones de fugarse de la acción de la justicia; por ejemplo, si el imputado vende sus bienes o se aprecia que sus familiares empiezan a salir del país o se van de viaje, se puede presumir que hay peligro de fuga. También se considera el hecho de que el imputado tenga las facilidades para fugarse u ocultarse, circunstancias que pueden relacionarse con la naturaleza de su trabajo, medios económicos, medios de transporte, etc. Es el caso del imputado o sus familiares que realizan trámites para la adquisición de pasaportes o pasajes. Este requisito debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

Este criterio ha sido tratado también en la Resolución Administrativa N.º 325-2011-P-PJ, del 13 de setiembre de 2011, donde se establece que no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia de algún tipo de arraigo descarta, *a priori*, la utilización de la prisión preventiva.

En virtud de la Casación N.º 631-2015/Arequipa, el *arraigo* debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas, y posee tres dimensiones: i) la posesión, ii) el arraigo familiar y iii) el arraigo laboral. La posesión se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El arraigo familiar, se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. Finalmente, el arraigo laboral, se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo visto en conjunto acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado.

- b) *La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento*, que constituye un elemento de mucha carga subjetiva (y que se encuentra más en la esfera del imputado), dado que el delito que se le imputa prevé para el imputado una sanción penal muy severa. Esto puede generar que trate de eludir la acción judicial, como sucede en los delitos de homicidio calificado o agresión sexual de menores, en donde la pena a imponer provoca un estado de temor y de posible fuga. Según la Casación N.º 626-20123/Moquegua, es un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, pues ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede ser condenado, y con ello su decisión de fugar. Ahora bien, de la gravedad de la pena solo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten. Del mismo modo, ocurre con el arraigo.
- c) *La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo*. Este criterio fue modificado por la Ley N.º 30076. La redacción anterior era que la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él, implicaba analizar la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a ello. Con ese fin se analiza el bien jurídico afectado y los efectos producidos, por ejemplo, el hecho de que haya huido de la escena del delito abandonando a la víctima o quizás socorriéndola o prestando auxilio, etc. La Casación N.º 626-2013/Moquegua puso de manifiesto que este era un aspecto criticado, pues se incorporaban aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable–, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga. Con la modificación lo que se *debe valorar es* “la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo”.

La referida casación precisa: “el contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo” (fundamento 57). Tampoco se podría entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal. Por tanto, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer. Respecto a la segunda parte, destaca de este criterio la “ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño”. La reparación del agraviado, poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado, luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

- d) *El comportamiento procesal del imputado o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.* Constituye un criterio a considerar la conducta procesal positiva o negativa del imputado ante la actividad judicial en las diligencias de cualquier fase del proceso o en otros procesos. Por ello, resulta importante y hasta estratégico para la defensa que el imputado se entregue en fase

de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal; o, caso contrario, que el imputado manifieste intento de fuga al momento de la intervención policial, incluso, repeliendo la intervención de la fuerza pública.

Según la casación en comento, este es “(...) uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc.” (fundamento 51). También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que, luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

En este punto no son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido (por ejemplo, el hecho de no confesar el delito atribuido). Por otro lado, cuando se refiere a otro procedimiento anterior, se hace una prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. El hecho de que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva no autoriza al juez a imponer automáticamente prisión preventiva.

- e) *La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.* La Ley N.º 30076 incorporó este nuevo criterio. En estricto, se trata de una reubicación, puesto que este criterio se encontraba en el segundo párrafo del artículo 268 que establece los presupuestos para imponer la prisión preventiva. Según la referida Casación N.º 626-2016/Moquegua, para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino precisar

sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), y la vinculación del procesado; asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

Criterios del peligro procesal por temor de obstaculización

Para determinar el peligro de obstaculización de la actividad probatoria se debe de tener en cuenta “el riesgo razonable de que el imputado”:

- a) *Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.* El peligro radica en el hecho de que el imputado en libertad pueda incurrir en alguna de las acciones señaladas. Naturalmente, deben existir elementos materiales de juicio para establecer que el imputado podrá alcanzar estos objetivos.
- b) *Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.* Cabe analizar en este apartado la posibilidad de que el imputado pueda influir en sus coprocesados, agraviados o testigos para que depongan o informen indebidamente o no cumplan con los mandatos judiciales.
- c) *Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.* El legislador ha previsto la posibilidad de que el imputado pueda utilizar a terceros a fin de que procedan a ejercer influencias en las personas indicadas en el apartado anterior.

6.2.2 Características

Mencionamos los siguientes:

- a) El pedido de prisión preventiva lo hace el fiscal. No se incluye a la parte agraviada. Normalmente este requerimiento se hace conjuntamente con la comunicación al juez sobre el inicio de la investigación preparatoria.
- b) El juez de la investigación preparatoria cita a una audiencia judicial dentro de las 48 horas de producido el requerimiento

fiscal, bajo responsabilidad. Es obligatoria la concurrencia del representante del Ministerio Público así como del imputado y su defensor. Si este no asiste “será reemplazado por el defensor de oficio” (art. 271.1). En estos casos, el juez actúa inmediatamente y cita a las partes a la diligencia para escuchar sus posiciones, de conformidad con lo afirmado por la Casación N.º 626-2013/Moquegua. La citación al imputado obedece a la necesidad de que este sea escuchado antes de la decisión judicial, pero su presencia es relativa. La Corte Suprema se ha pronunciado respecto a la prescindencia del imputado a la audiencia judicial⁽²⁴⁰⁾.

- c) De acuerdo a la ley procesal, el juez dictará resolución en la misma audiencia, sin necesidad de postergación alguna. Ello se justifica por la naturaleza de la medida y la afectación de la libertad personal del imputado, además de la inmediatez de la decisión.
- d) Se prevé la posibilidad de que se imponga medida disciplinaria contra el fiscal y el defensor, si por su causa se frustra la audiencia. Asimismo, el juez incurre en responsabilidad funcional si no realiza la diligencia dentro del plazo establecido (art. 271.2). También se establece que si el imputado no asiste a la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio.
- e) El Juez si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva, puede optar por imponer una medida de coerción menos intensa, como es el caso de la comparecencia restrictiva o simple.

⁽²⁴⁰⁾ En efecto, en la Casación N.º 01-2007, Huaura, del 26 de julio 2007, establece lo siguiente: “No es pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado–, o su conducción al juzgado cuando esté efectivamente detenido (...). Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido (...) o porque sencillamente no quiere hacerlo (...), la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio”.

- f) La ley exige que la resolución que dicte el juez sobre la medida de prisión preventiva deba estar especialmente motivada, “con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes” (art. 271.3).

6.2.3 Duración

La prisión preventiva, con independencia de la duración del proceso, tiene sus límites temporales específicos. Nuestro legislador estableció, en el artículo 272, los plazos máximos. Inicialmente solo se habían previsto dos plazos: 9 meses para casos comunes y 18 meses para casos complejos. Ha de estimarse que el caso que se investiga debe de haber sido declarado complejo, según los criterios del número de imputados, agraviados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente. Sin embargo, con la modificación establecida en el Decreto Legislativo N.º 1307, de diciembre de 2016, se agregó un nuevo plazo máximo para los procesos de criminalidad organizada: 18 meses.

La consecuencia natural del vencimiento del plazo señalado sin haberse dictado sentencia de primer instancia es la *inmediata libertad del imputado*, por mandato judicial, sea de oficio o a pedido de la parte, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar la presencia del imputado a la sede judicial. Estas medidas pueden ser el impedimento de salida del país, la detención domiciliaria e incluso aquellas relativas a restricciones como la obligación de no ausentarse de la localidad, la prohibición de comunicarse con personas determinadas y el pago de caución económica (art. 273).

Ahora bien, el CPP 2004 también prevé, en su artículo 274, la institución de la prolongación de la prisión preventiva, dispositivo legal, cuyo presupuesto, en su texto original, estuvo redactado de la siguiente manera: “Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del ar-

título 272. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento” (274.1). Posteriormente, la Ley N.º 30076 modificó un único aspecto de esa norma, esto es, “las circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación”, no se circunscribirían solo a la etapa de investigación preparatoria, sino a todo el proceso penal de primera instancia (etapas intermedia y de juzgamiento), mas no en la etapa de impugnación (donde rigen sus propias reglas).

Sobre este punto, debemos mencionar la Casación N.º 147-2016/Lima (caso Gregorio Santos), en la cual se precisa que la denominada prórroga (o ampliación) del plazo de la prisión preventiva no se encuentra prevista en el CPP 2004, tal como lo ha señalado la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la Apelación en el Exp. N.º 03-2015 “22”, cuando afirma: “Una vez dictada la prisión por un plazo menor al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva”; es decir, no se debe confundir prórroga con prolongación. La primera de ellas no existe, por lo que, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva, aunque no se haya pedido el plazo máximo, el imputado deberá ser excarcelado, salvo que, con arreglo al artículo 274 del CPP, el Ministerio Público haya solicitado la prolongación del plazo de prisión preventiva.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N.º 1-2017/CIJ-116, dejó establecido que la institución de la prolongación de la prisión preventiva, tiene dos tipos de presupuestos: los materiales (que deben ser concurrentes) y los formales.

1. Presupuestos materiales:

- a) Circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso.
- b) La subsistencia de que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria.
- c) El plazo límite de prolongación: (i) procesos comunes: hasta nueve meses adicionales; (ii) procesos complejos: hasta dieciocho meses adicionales; y, (iii) procesos de criminalidad organizada: hasta doce meses adicionales.

2. Presupuestos formales:

- a) Solicitud fundamentada del fiscal, presentada antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva (vencido el plazo no es posible intentar su prolongación, es un plazo de caducidad)
- b) Audiencia ante el juez de la investigación preparatoria, dentro del tercer día de presentado el requerimiento, con la asistencia del fiscal, el imputado y su defensor (diferente es el plazo en la etapa intermedia).
- c) Resolución fundada dictada al finalizar la audiencia o dentro de las setenta y dos horas siguientes, contra la cual procede recurso de apelación.

En relación al primer presupuesto material: “Circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso”, el referido acuerdo plenario lo desarrolla ampliamente, en sus fundamentos 16 y siguientes, en los cuales se deja establecido que la continuación de la causa, sin los riesgos del *periculum libertatis* (disponibilidad del imputado a los fines del proceso y tutela de la actividad de esclarecimiento) entra en crisis cuando “en el curso del procedimiento presentan sucesos, incidencias, eventualidades, escenarios o inconvenientes que obstaculicen o enreden seriamente la actuación normal de determinados actos de investigación o de prueba u otro acto procesal, y que, por consiguiente, impiden conseguir o ejecutar en el tiempo previsto dichos actos de aportación de hechos o de ordenación y concreción del trámite procesal”. Se debe tratar de eventualidades que, por su propia naturaleza, se diferencian de lo común o general, y están por encima de lo normal o habitual, de suerte que traen como consecuencia una tardanza o demora en la práctica de tales actos procesales y la necesidad de su reprogramación o de una actividad procesal adicional no prevista. Ahora bien, a efectos de apreciar la procedencia de la prolongación de la prisión preventiva, es determinante que en el procedimiento se haya presentado lo siguiente: a) para la actuación de actos de aportación de hechos, circunstancias imprevisibles, al margen de la actividad regular realizada por el órgano investigador; y, b) en el enjuiciamiento, que frustren una planificación razonable de uno

o varios de dichos actos procesales por no estar bajo su control adelantarlos, debiéndose examinar: i) *La gravedad de los hechos* –desde la perspectiva formal de pena conminada o desde la perspectiva material de trascendencia social del hecho–, el número de los posibles afectados o imputados, y la necesidad de practicar comunicaciones o pruebas a lugares lejanos; ii) *la persistencia del periculum libertatis*, esto es, el riesgo de fuga, en lo específico, ha de ser valorado de forma concreta e individualizada, y los elementos de convicción deben examinarse en forma conjunta, combinadamente, mientras el riesgo de obstaculización, en lo pertinente, debe ser concreto, contrastado con los datos de la causa, y efectivo, con influencia para causar un real daño a la causa en trámite; iii) Las circunstancias excepcionales de especial dificultad o prolongación antes indicadas; y iv) el desarrollo que ha tenido la causa, de modo que la misma no presente tales atrasos injustificados que hagan desmedida la prolongación.

Con el Decreto Legislativo N.º 1307, se establecen los nuevos plazos máximos de prolongación: a) para los procesos comunes hasta por nueve (9) meses adicionales, b) para los procesos complejos hasta dieciocho (18) meses adicionales y c) para los procesos de criminalidad organizada hasta doce (12) meses adicionales.

Este dispositivo legal también introdujo un nuevo apartado al artículo 274 del CPP 2004: “Excepcionalmente, el juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, podrá adecuar el plazo de prolongación de la prisión preventiva otorgado a los plazos establecidos en el numeral anterior, siempre que se presenten constancias de especial complejidad que no fueron advertidas en el requerimiento inicial (...)”; Esta nueva institución denominada adecuación del plazo de la prisión preventiva, también fue materia de desarrollo por el Acuerdo Plenario N.º 1-2017 y donde se dejó establecido que era un supuesto distinto –dentro del propio plazo prolongado– que permite la adecuación –o ajuste– al plazo que legalmente corresponda, cuando se advierta su concurrencia con posterioridad al pronunciamiento del auto de prolongación del plazo de prisión preventiva; esto es, la llamada adecuación de plazo (o adaptación) no implica la creación de un nuevo plazo, distinto del plazo prolongado. Al mismo tiempo,

resulta ser un mero ajuste o transformación. Por otro lado, el acuerdo plenario estableció dos supuestos distintos de adecuación de plazo:

- a. *Cuando el plazo prolongado varía en función de la clasificación del proceso.* Lo que se consideró inicialmente proceso común simple, varía a proceso común complejo o de criminalidad organizada, por lo que se requiere de nuevas actuaciones frente a más arduas necesidades de esclarecimiento
- b. *Cuando los motivos que permitieron la prolongación del plazo continúan sin superarse pese al plazo concedido y son otras o nuevas las circunstancias o escenarios que lo determinan.* La base de esta contingencia o imprevisto se presenta cuando el fiscal realizó cumplidamente todas las acciones razonables para lograr la concreción de la diligencia, pese a lo cual esta no se llevó a cabo por acontecimientos que no pueden serle imputables.

Finalmente, a efectos de evitar confusiones, se estableció las siguientes precisiones: a) el plazo otorgado, vía adecuación, no se suma al plazo ya acordado anteriormente al prolongarse la medida de prisión preventiva, no se parte de cero; y, b) no se realiza un nuevo cómputo, continúa el “viejo” plazo; por lo que, solo se fija un nuevo techo a la prolongación anteriormente dispuesta –siempre dentro del plazo legalmente previsto–. A modo de ejemplo, tenemos inicialmente se otorgaron 6 meses de prolongación de prisión preventiva en un proceso común; luego se advierte que era de criminalidad organizada; ahora, el tope para la adecuación sería de hasta 6 meses más, porque este solo es de 12 meses.

Corresponde al fiscal hacer el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva. El juez de la investigación preparatoria debe citar a una audiencia dentro de los tres días siguientes con asistencia del fiscal, el imputado y su defensor, y luego de haber escuchado a las partes podrá dictar resolución en la misma audiencia o podrá hacerlo dentro de las 72 horas siguientes. Esta diligencia es de suma importancia porque el juez conocerá de los fundamentos que tiene el fiscal sobre la necesidad de prolongar la prisión del imputado, con vista de la documentación sustentatoria. Asimismo, el juez tendrá en cuenta la posición del defensor e incluso oír al imputado.

Incluso se ha regulado el supuesto en que el imputado hubiera sufrido condena, pero la sentencia se encuentra en apelación. Así se establece que en tal supuesto la prisión podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta (art. 274.4).

Es necesario señalar que para efecto del cómputo del plazo, no se tendrá en cuenta el tiempo que el proceso sufriera *dilaciones maliciosas* por el imputado o su defensa. En los casos donde se declare la nulidad de lo actuado y se disponga nuevo auto de prisión preventiva, “no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución”, lo que puede ser cuestionable si se tiene en cuenta la efectividad de la restricción de la libertad y que el hecho que amerita la nulidad no proviene del imputado o su defensor. El mismo criterio se sigue en los casos que anulados en el fuero militar pasan a la jurisdicción ordinaria, por lo cual computa el plazo “desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva” (art. 275, incisos 1 y 2).

6.2.4 La impugnación

El auto que resuelve la prisión preventiva puede ser impugnado dentro del plazo de tres días de notificado. El juez concederá la apelación en un solo efecto y elevará lo actuado dentro de las veinticuatro horas bajo responsabilidad. Se señala que la Sala Penal resolverá previa vista de la causa con citación al fiscal superior y al defensor del imputado. Así también dictara la resolución en la audiencia o dentro de las 48 horas siguientes, bajo responsabilidad (art. 278), para lo cual entenderá la realización de una audiencia para escuchar la opinión del fiscal y el defensor del imputado. Si la Sala resuelve la nulidad de la resolución de prisión preventiva, devolverá lo actuado al juzgado de origen o dispondrá que pase a otro juez para que emita nueva resolución.

En el caso de apelación de la resolución que decide el requerimiento de *prolongación de la detención* será vista por la Sala Superior dentro de las 72 horas siguientes de recibido el expediente con citación del fiscal superior y del defensor del imputado, y resuelta el mismo día o dentro de las 48 horas siguientes bajo responsabilidad (art. 278.2).

6.2.5 La incomunicación

Para tratar el tema de la incomunicación hay que partir necesariamente de la Constitución y los derechos que asisten al imputado. La carta fundamental dice: “Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida” (art. 2.24.g).

La incomunicación del imputado es una medida accesoria y acumulativa a la medida coercitiva de detención y, consecuentemente, como lo afirma SAN MARTÍN CASTRO, carente de finalidad cautelar, pues su razón de ser es la detención⁽²⁴¹⁾. La incomunicación obedece a la necesidad de evitar la perturbación de la investigación preparatoria de un delito grave. Esta medida se debe de adoptar en los casos absolutamente necesarios y en donde la entrevista o comunicación del detenido con otras personas pueda afectar dicha investigación. ORTELLS RAMOS afirma que la incomunicación evita el peligro de alteración de las fuentes de prueba, consistente en que el imputado indique a personas que se hallan en libertad de qué modo deben manipularse aquellas para ajustarlas a la versión de los hechos, ofrecida en sus declaraciones⁽²⁴²⁾.

La incomunicación del imputado con prisión preventiva puede ordenarse por mandato judicial siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de un delito grave (art. 280). El juez dictará resolución motivada, la que no podrá exceder de diez (10) días y no impide la libre conferencia entre el defensor y el detenido preventivo. A su vez será puesta en conocimiento de la Sala Penal respectiva.

La incomunicación no es absoluta y se agrega en la ley que de acuerdo a esta condición, el detenido incomunicado tiene derecho a leer diarios y revistas así como escuchar noticias de libre circulación y difusión. No se le oponrán obstáculos para recibir sus alimentos (art. 281).

(241) SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal penal*. T. II, Grijley, Lima, 1999, p. 834.

(242) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, cit., p. 460.

6.2.6 La cesación o variación de la prisión preventiva

También se establece el derecho que tiene el imputado de pedir al juez la cesación de la prisión preventiva si estima que las causas que motivaron la misma han desaparecido, o pedir la sustitución por otra medida menos intensa que se prevé para la comparecencia, si los presupuestos anteriores han disminuido (art. 283). Para ORTELLS RAMOS se trata de una modalidad de modificación y extinción de las medidas cautelares, pues la posterior modificación de los presupuestos permite la de las medidas en ella fundadas⁽²⁴³⁾.

La autoridad judicial se pronunciará previa realización de una audiencia con la concurrencia del fiscal, el imputado y su defensor. Para resolver la cesación, tendrá en cuenta la existencia de *nuevos elementos de convicción* (prueba) que demuestren que ya no concurren los motivos que determinaron la imposición de la prisión y que hagan necesaria una medida de comparecencia. En este sentido, podrá ser importante la declaración de nuevos testigos de coimputados, así como las pericias o nuevas pruebas documentales que lo favorezcan, incluso, podrían considerarse la confesión sincera y los casos de colaboración eficaz. Para decidir la sustitución de la medida de prisión preventiva, el juez tendrá en cuenta, además, las características personales del imputado, el tiempo de detención y el estado del proceso.

6.3 La comparecencia

La comparecencia constituye una medida de coerción personal de menor intensidad que la prisión preventiva y que normalmente se aplica para casos en donde las necesidades de aseguramiento del imputado no son tan rígidas o los delitos no son estimados graves o si lo fuesen, no se satisfacen los requisitos para imponer un mandato de prisión preventiva.

Mediante esta medida cautelar personal, el imputado está sujeto al proceso penal. Su libertad ambulatoria se encuentra vinculada a la decisión del órgano jurisdiccional (ej.: cuando su presencia es

(243) ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, T. III, cit., p. 444.

imprescindible para la realización de determinado acto procesal). Se trata de una medida de aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, donde el imputado permanece en libertad, y se puede desplazar libremente, pero está obligado a observar determinados mandatos judiciales que condicionan su libertad.

La comparecencia, en sus distintas formas se ordena por el juez de la investigación preparatoria. El fiscal puede solicitar directamente la medida de comparecencia que estime necesaria. La comparecencia puede ser simple y con restricciones. La solicita el fiscal generalmente con la comunicación al juez sobre el inicio de la investigación preparatoria y en escrito de requerimiento aparte.

6.3.1 Comparecencia simple

Es la medida de coerción de mínima intensidad y que exige del imputado –quien se encuentra en libertad, salvo mandato distinto en otro proceso– solo la obligación de presentarse a la sede judicial cada vez que sea citado. Su incumplimiento solo acarrea la conducción compulsiva.

Señala el Código que el juez dictará esta comparecencia simple si el delito denunciado se encuentre penado con sanción leve o los actos de investigación no justifican una medida más severa (art. 291).

El código establece una sanción a la inactividad del representante del Ministerio Público, en cuanto a la aplicación de esta medida, pues se regula que el juez dictará comparecencia simple cuando el fiscal no ha efectuado el requerimiento de prisión preventiva en su oportunidad, esto es: a) cuando ha vencido el plazo de la detención preliminar o b) cuando ha vencido el plazo de la detención convalidada (art. 266). Por otro lado, cuando habiéndolo hecho, no concurren los requisitos que prevé la ley (art. 286).

6.3.2 Comparecencia con restricciones

Esta medida de coerción personal es más severa que la anterior e importa determinadas reglas u obligaciones que el imputado debe

de seguir, bajo apercibimiento de revocársele la medida por prisión preventiva (art. 288) previo requerimiento fiscal.

De acuerdo con el legislador, se impondrán estas restricciones cuando el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse. Las *restricciones* que se establecen son las siguientes: 1) obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una institución o persona determinada, la que debe informar periódicamente; 2) obligación de no ausentarse de la localidad de residencia, de no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad en los días fijados; 3) prohibición de comunicarse con personas determinadas; y 4) la prestación de una caución económica, si sus posibilidades lo permiten, incluso podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente (art. 288).

Se regula de forma más rigurosa, que la caución. Esta consiste en lo siguiente: “Una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad”. De este concepto, podemos notar que la caución solo asegura la presencia del imputado en el proceso penal, mas no está vinculada a la pretensión civil. Asimismo, podemos mencionar las siguientes características: a) la calidad y cantidad de la caución dependerá de las condiciones personales del imputado (económica, social, etc.); b) puede ser real o personal: será personal cuando el imputado deposita en el Banco de la Nación, la cantidad dispuesta en la resolución, y será real cuando el imputado constituya depósito de efecto público o valores cotizables, u otorgue garantía real por el monto fijado; y c) si el imputado es absuelto o sobreseído e inclusive siendo condenado no ha infringido las reglas de conducta, se le devolverá la caución con los respectivos intereses devengados.

La ley permite que se puede imponer una o varias restricciones al imputado, dependiendo de las necesidades del caso y si aquellas fueran incumplidas. Previo requerimiento del fiscal o por propia decisión del juez, se revocará la medida por la prisión preventiva. Es evidente que la imposición de determinadas restricciones está vinculada al principio de proporcionalidad.

Se establece que para estas medidas restrictivas se podrá utilizar, alternativamente, alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan las restricciones impuestas (art. 287.1).

6.4 La detención domiciliaria

La detención domiciliaria constituye una limitación a la libertad ambulatoria del imputado a determinado espacio físico y que por mandato judicial debe de cumplirse en su domicilio –valga la redundancia– o en otro lugar, pero fuera de la sede penal o penitenciaria. Es un estado intermedio entre la privación de la libertad efectiva y la libertad propiamente dicha⁽²⁴⁴⁾.

En la legislación procesal, la detención domiciliaria ya no aparece como una forma de restricción dentro de la comparecencia sino como una institución autónoma. El art. 290 establece que se impone para evitar el peligro de fuga o de obstaculización de la prueba y que, expresamente, procede cuando correspondiendo prisión preventiva, el imputado: a) es mayor de 65 años, b) adolece de una enfermedad grave o incurable, c) sufre de incapacidad física permanente que afecta su desplazamiento y d) cuando se trata de una madre gestante.

La detención domiciliaria se cumple en el domicilio del imputado o en otro lugar que el juez designe, bajo custodia policial o de alguna institución o persona designada para el efecto. Se establece que el control de la medida corresponde al fiscal y a la policía, incluso se podrán imponer límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que hablan con él o que lo asisten (art. 290.3).

En cuanto al plazo de la detención domiciliaria, se siguen los criterios para la prisión preventiva (art. 290.4). Es importante destacar que el tiempo de detención domiciliaria será materia de cómputo en el caso de que se dictara sentencia condenatoria al imputado. El artículo 399

(244) Véase *mi Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 744.

del Código Procesal Penal establece que “si se impone pena privativa de la libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido”. Este cómputo es opinable, pues no es lo mismo permanecer privado de la libertad en un centro penal, con las limitaciones personales, familiares, alimentarias y de comunicación, que en su domicilio u otro lugar o centro de reposo. Hubiera sido importante una ponderación en el trato compensatorio estableciendo un quantum de días por cada uno de detención en domicilio. Podría requerirse de un ajuste normativo en este punto.

La detención domiciliaria se puede acumular con la caución. El tiempo de duración es el mismo que el de la prisión preventiva (9 y 18 meses) y rigen las reglas de la suspensión de la misma cuando vencido el tiempo no se ha dictado sentencia de primer grado. Cuando sea necesario se impondrán límites o prohibiciones a la facultad del procesado de comunicarse con personas, distintas a aquellas que habitan con él o que lo asistan.

Si desaparecen los presupuestos señalados entre los apartados b y d, señalados (enfermedad grave, incapacidad permanente y gestación), previo informe pericial, se dispondrá la inmediata prisión del imputado, lo que hace de esta medida una de naturaleza relativa y temporal, con excepción al supuesto de la edad.

6.5 La internación preventiva

El internamiento preventivo está regulado de manera tal que podríamos considerarlo como una medida alternativa o sustitutiva de la prisión preventiva aplicable a los imputados que padecen de enfermedades psiquiátricas.

En el artículo 293 del CPP 2004 se establece lo siguiente: “El Juez de la Investigación Preparatoria podrá ordenar la internación preventiva del imputado en un establecimiento psiquiátrico, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para terceros”. Para ello se deben cumplir determinados

presupuestos: a) suficiencia probatoria en torno a que el imputado es partícipe de un hecho punible y que será pasible de una medida de seguridad; b) la existencia de una presunción suficiente de que el imputado no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación –el peligro procesal se rige por lo dispuesto en los artículos 269 y 270–. No será necesaria la concurrencia del imputado si su estado de salud no lo permite, pero es obligatoria la presencia de su defensor. El imputado podrá ser representado por un familiar.

6.6 El impedimento de salida del país

La regulación considera que esta medida es independiente. Esta medida de coerción preponderantemente tiende a garantizar la verdad⁽²⁴⁵⁾, no es solo una medida provisional con fines cautelares, la cual se extiende a los testigos.

Esta medida de coerción procede contra el imputado también a pedido del fiscal, cuando se trate de delito con pena privativa mayor a tres años y resulte necesario para la indagación de la verdad. Comprende el impedimento de salida del país, de la localidad donde domicilia, o del lugar que se le fije; se debe establecer el tiempo de duración y la motivación respectiva. El juez citará a las partes a una audiencia, las escuchará y resolverá el pedido.

El impedimento de salida del país es una medida temporal. El plazo de duración en el caso de imputados es el establecido para el caso de prisión preventiva (artículos 272 y 274). Respecto a los testigos considerados importantes no debe durar más de cuatro meses.

En el Acuerdo Plenario N.º 3-2019/CIJ-116, luego de citar diversas concepciones sobre la naturaleza de esta medida cautelar, se concluye que el impedimento de salida, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una doble manifestación: a) de *medida de coerción personal*, que tiene por finalidad garantizar la presencia del imputado frente a la persecución penal,

⁽²⁴⁵⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal II*. Volumen II, Grijley, 2.ª edición, Lima, 2003, p. 1166.

a efectos de controlar el riesgo de fuga, y b) de *medida de aseguramiento personal*, destinada a los testigos importantes.

Asimismo, en el referido Acuerdo Plenario, se estableció con carácter vinculante que esta medida procede durante la investigación preliminar, y desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, ello es aceptable siempre y cuando se cumplan con los presupuestos del principio de intervención indiciaria, y los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad. Asimismo, ésta medida también es viable en el caso de altos funcionarios del Estado, a los que refiere el artículo 99 de la Constitución, a propósito de la Ley 27399, que regula las investigaciones preliminares en esos casos.

6.7 La suspensión preventiva de derechos

Este tipo de medidas suponen una restricción provisional de algún derecho individual del imputado, el mismo que sería limitado por una pena de inhabilitación. Dos son las finalidades legítimas que este tipo de medidas tienen: a) la prevención de la reiteración delictiva, la cual se vería facilitada si el imputado continuase desempeñando determinado función; y b) el aseguramiento de prueba, ya que el imputado podría obstaculizar la actividad probatoria, valiéndose de esta actividad⁽²⁴⁶⁾.

La legislación procesal prevé que en los casos que el delito se encuentre sancionado con pena de inhabilitación, sea como principal o como accesoria o cuando fuera necesario para evitar la reiteración delictiva, se requiere lo siguiente: a) suficiencia probatoria y b) peligro concreto de que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad o cometerá nuevamente el mismo delito (art. 297).

La medida de suspensión de derechos comprende: a) suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; b) suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público, excepto aquellos originados por elección popular; c) prohibición temporal de actividad profesional, comercial o empresa-

⁽²⁴⁶⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal II*. Volumen II, cit., p. 1174.

rial; d) suspensión temporal para conducir vehículo o portar armas; y e) prohibición de acercarse al ofendido o su familia, la obligación de abandonar el hogar o la suspensión temporal de visitas.

El pedido está a cargo del fiscal y previa audiencia dirigida por el juez, con intervención de las partes, se dicta la medida de suspensión de derechos que corresponda o que se deniega. El tiempo de duración será la mitad del plazo que prevé la ley penal para la inhabilitación.

7. MEDIDAS DE COERCIÓN REAL

La adopción de las medidas coercitivas o cautelares no solo comprende las distintas formas de asegurar la presencia del imputado a la causa penal. Como enseña RAMOS MÉNDEZ, el objeto civil del proceso penal exige no desatender las necesidades de tutela que surjan en relación con el mismo⁽²⁴⁷⁾. Por ello, es necesario el aseguramiento de la reparación civil que pueda imponerse en la sentencia penal condenatoria.

Las medidas de coerción de carácter real son aquellas que inciden sobre el patrimonio del imputado con el objetivo de impedir –durante el desarrollo del proceso–, determinadas acciones que se estimen perjudiciales en relación a la efectividad de las consecuencias jurídico-económicas del delito, de la sentencia (función cautelar), como a la eficacia del proceso (función aseguratoria de la prueba y tuitiva)⁽²⁴⁸⁾. De lo afirmado, las medidas coercitivas reales pueden tener una naturaleza meramente civil o penal dependiendo del objeto a que se hallen orientadas: (civil o penal)⁽²⁴⁹⁾. Entre nosotros, el profesor Neyra Flores enseña que son “medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del

(247) RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal. Sexta Lectura Constitucional*, cit., p. 203.

(248) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal II. Volumen II*, cit., p. 1177.

(249) MORENO CATENA señala lo siguiente: “La existencia de las medidas cautelares reales en el proceso penal se justifica por la condena en costas, o porque el delito sea de los que llevan aparejada la pena de multa, o, por último, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel...” en: MORENO CATENA y otros. *El proceso penal*. Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1778.

imputado o en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limi-tándolos con la finalidad de impedir durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de la sentencia con relación a las consecuencias de carácter económico del delito”⁽²⁵⁰⁾(251).

La regulación procesal en su artículo 315 señala que estas medidas podrán variarse, sustituirse o cesar cuando resulte indispensable, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y al principio de proporcionalidad.

7.1 El embargo

El embargo es el derecho indemnizatorio del agraviado, que se torna eventual, si se tiene en cuenta que se debe esperar al resultado final del proceso. Para el profesor Rosas Yataco, el embargo es una medida cautelar consistente en la afectación de bienes o derechos contra el imputado o del tercero civil, con la finalidad de asegurar el pago de las obligaciones pecuniarias dispuestas en la sentencia⁽²⁵²⁾. Se trata entonces de una medida cautelar de naturaleza patrimonial en contra del imputado y del tercero civil, a fin de garantizar la efectividad de la indemnización de los daños y perjuicios que ocasiona la conducta delictiva. En consecuencia, a través del embargo se cautela la pretensión pecuniaria de la víctima desde el inicio del proceso y en espera que se dicte una sentencia condenatoria que establezca el monto de la reparación civil. Tratándose de una institución procesal fundamentalmente de orden civil, las disposiciones penales deben concordarse necesariamente con aquellas. El artículo 642 del CPC establece que el embargo consiste en “la afectación jurídica

(250) NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso y litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 491.

(251) También se ha definido como “actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se aseguran las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones penal y civil, en el proceso penal”. (Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116, del 06-12-2011, f.j. 16).

(252) ROSAS YATACO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima, 2013, Pacífico. p. 549.

de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley". La misma ley procesal civil establece las formas de embargo.

El Código Procesal Penal señala que el embargo puede realizarse durante la investigación preliminar o preparatoria, sea de oficio por el fiscal o a pedido de la parte agraviada y comprende los bienes libres o derechos embargables al imputado y tercero civil, "a fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas" (art. 302). En tal sentido, el fiscal indagará sobre los bienes susceptibles de embargo y hará el pedido formal al juez de la investigación preparatoria, el que, atendiendo a la documentación existente, emitirá pronunciamiento sobre la medida requerida u ordenará la que sea más adecuada, incluso pudiendo resolver sobre la contracautela ofrecida.

También se establece que cualquier pedido que pretenda impedir o dilatar la ejecución de la medida de embargo es inadmisibile. Ejecutada la medida, se notifica a las partes con el mandato de embargo. Luego se puede apelar la resolución judicial dentro del tercer día de notificado (art. 304).

Cuando al término del proceso se haya dictado una sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o alguna resolución equivalente, que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, se levantará, de oficio o a pedido del interesado, el embargo adoptado. Por otro lado, cuando se dicte una sentencia condenatoria, se requerirá de inmediato al afectado (imputado o tercero civil) el cumplimiento de las responsabilidades correspondientes, bajo el apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa del bien afectado (art. 306).

Como se puede apreciar, a diferencia de la institución procesal del embargo en la legislación anterior, con la nueva regulación procesal penal, se busca generar una normatividad más efectiva, rápida y asegurativa de los derechos indemnizatorios que se deben otorgar al actor civil en el proceso. Se permite incluso, la variación, el alzamiento o la sustitución de la medida bajo determinados presupuestos.

7.2 Otras medidas reales

7.2.1 Orden de inhibición

En los casos en que tiene lugar el embargo, pero este no se puede hacer efectivo, porque no se conocen bienes del afectado o porque estos no cubren el monto, se puede solicitar orden de inhibición. Esta consiste en la prohibición que tiene el imputado o tercero civil, de disponer o gravar sus bienes muebles e inmuebles, debiendo el juez ordenar la inscripción de los mismos en los Registros Públicos.

Como todas las medidas de coerción real, las dicta el juez a solicitud del fiscal o del actor civil. La mencionada orden se inscribirá en Registros Públicos. Según el artículo 310.2 rigen las normas previstas para el embargo.

7.2.2 El desalojo preventivo

El poseedor tiene la facultad de defender su posesión por medio de la regulación vigente a través de los interdictos, las acciones posesorias y de desalojo, todas ellas de carácter civil. Con la presente regulación procesal penal, se le da la oportunidad de proteger su posesión a través de una medida de coerción real regulada expresamente, esto es, el *desalojo preventivo*. Se trata de una medida real, inmediata y con fines de aseguramiento del patrimonio afectado.

La ley procesal establece que, en los delitos de usurpación, a solicitud del fiscal o del agraviado –el poseedor– el juez podrá ordenar el desalojo preventivo del inmueble que se encuentre indebidamente ocupado en el término de 24 horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado. Para ello se necesita que el derecho del agraviado se encuentre acreditado de manera suficiente y que existan elementos de juicio que permitan sustentar la comisión del delito (art. 311.1).

La solicitud de desalojo y ministración provisional se puede presentar en cualquier estado de la investigación preparatoria, y estará acompañada de los documentos pertinentes que acrediten el derecho del ofendido y la comisión del delito. Queda claro el importante rol

que cumple la policía en estos casos, pues debe actuar de inmediato. Contra la resolución del juez cabe recurso de apelación.

7.2.3 Medidas anticipadas

Las medidas anticipadas surgen ante la necesidad de hacer que la justicia sea más rápida. Se derivan del principio de celeridad procesal. Esta clase de medidas se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil, en su artículo 618, primer párrafo, del siguiente modo: “Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”.

En el proceso penal, este tipo de medidas pueden ser solicitadas, de manera excepcional, por la parte legitimada (fiscal o actor civil), al órgano jurisdiccional para lo que sigue: a) evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos y b) ejecutar, anticipada y provisionalmente, las consecuencias pecuniarias del delito. (art. 312). La concesión de esta medida dependerá del caso específico, de la naturaleza de los bienes jurídicos vulnerados con la comisión del delito.

7.2.4 Medidas preventivas contra personas jurídicas

En materia penal, son frecuentes los cuestionamientos sobre las consecuencias jurídicas a imponer a las personas jurídicas, porque estas no se encuentran sujetas al principio de culpabilidad, como las personas físicas. Sin embargo, en materia cautelar es diferente, pues no se parte del presupuesto de que a la persona jurídica le sea imputable o no la comisión de determinado delito, sino que se atiende a los principios que rigen las medidas de coerción.

El código prevé las siguientes medidas de carácter preventivo a imponer a las personas jurídicas, solo a solicitud de las personas legitimadas (art. 3.13.1):

- a) La clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos.

- b) La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades.
- c) El nombramiento de un administrador judicial.
- d) El sometimiento a vigilancia judicial.
- e) La anotación o inscripción registral del procesamiento penal.

Los presupuestos que deben concurrir para la imposición de estas medidas de coerción son: a) suficiencia probatoria de la comisión del delito y la vinculación de la persona jurídica en las formas previstas en el artículo 105 del Código Penal, cuando el hecho punible es cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización; y b) necesidad de poner fin a la permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, donde se exige la existencia de un peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculice la averiguación de la verdad o que se cometan delitos de la misma clase.

La duración de este tipo de medidas no podrá superar más de la mitad del tiempo previsto para las medidas temporales establecidas en el artículo 105 del Código Penal (establece el límite temporal de las medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencias accesorias, es decir, cuando ya se determinó la “*participación*” de la persona jurídica, por medio de la sentencia penal). El código prevé que al tratarse de delitos ecológicos, la suspensión o clausura durará hasta que se subsanen las afectaciones al ambiente, por las cuales se procedió judicialmente.

7.2.5 Pensión anticipada de alimentos

Esta medida es una especialidad tradicional de las “medidas anticipadas”. Su objeto es anticipar lo que va ser materia de decisión en la sentencia final, en cuanto a las consecuencias civiles del delito. Su naturaleza responde a la función cautelar.

El código prevé que en los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual, o en delitos que se relacionan con la violencia familiar, el juez, a solicitud de la parte legitimada, impondrá una pensión de alimentos para los directamente ofendidos que a consecuencia del hecho punible come-

tido se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades (art. 314.1). El monto de la asignación que han de pagar el imputado o el tercero civil será fijado por el juez y serán descontadas de las que se establezca en la sentencia. Por ello, es posible afirmar que esta pensión anticipada de alimentos equivale a un adelanto del contenido de la sentencia.

7.3 La incautación

La incautación o secuestro consiste en la aprehensión de una cosa, por orden judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal⁽²⁵³⁾. Por lo tanto, la incautación posee doble naturaleza: puede ser de orden instrumental o cautelar, según su finalidad. Para el profesor ROSAS YATACO, se trata de una medida cautelar real dictada sobre bienes o supuestos derechos patrimoniales que constituyen presuntos instrumentos, efectos o ganancias del delito, y por tal razón, llegado el momento, serán objeto de decomiso⁽²⁵⁴⁾.

La incautación o secuestro, como *medida cautelar* de naturaleza real, constituye una limitación al derecho de posesión, que implica la aprehensión y ocupación de las cosas que guardan relación con el hecho delictivo. Además esta medida tiene una función de conservación de las cosas, para que puedan ser apreciadas por el juzgador. Es de resaltar que esta medida recae sobre los efectos e instrumentos del delito y en tanto es dispuesta por el juez (jurisdiccionalidad) debe considerarse como una medida cautelar, cuya naturaleza es distinta a la incautación o secuestro *conservativo*, que tiene un fin estrictamente probatorio. Por otro lado, la *incautación o secuestro conservativo* los bienes incautados pueden estar en directa vigilancia y cuidado del juzgado (*custodia directa*), o también bajo la conservación de otra entidad cuando así lo haya dispuesto el juez con la previsión de su disponibilidad (*custodia*

(253) CAFFERATA NORES J. *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner – Editora Córdova, 1983, p. 125.

(254) Rosas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. I, cit., p. 553.

indirecta). Al mismo tiempo, deben estar a disposición del fiscal y del órgano juzgador y pueden ser tenidos hasta después del juicio o del archivo del proceso⁽²⁵⁵⁾.

7.3.1 Objeto de incautación

Son objeto de incautación los efectos provenientes de la comisión del delito o los instrumentos con los que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por ley. Estos bienes pueden ser incautados durante la investigación preliminar y la investigación preparatoria por la Policía o por el representante del Ministerio Público, siempre que exista peligro en la demora. Luego de haber sido incautados estos objetos, el fiscal tiene la obligación de requerir al juez de la investigación preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria (art. 316).

Para dictar esta medida, el juez debe tener en cuenta las previsiones y limitaciones consignadas en los artículos 102 y 103 del Código Penal, esto es, las normas propias de la consecuencia accesoria del decomiso. Es decir, que el juez resolverá la incautación de los bienes mencionados (bienes, dinero, ganancias o cualquier producto) a excepción de que exista un proceso autónomo para ello (art. 102), y cuando los efectos o instrumentos no sean de ilícito comercio y no guarde relación con el delito cometido, el juez no decretará la incautación o puede decretarla parcialmente (art. 103).

Cuando no exista peligro en la demora, las partes legitimadas deben solicitar al juez la expedición de la medida de incautación. En ambos casos (haya o no peligro en la demora) debe concurrir el peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar prolongar las consecuencias del delito, o facilitar la comisión de otros delitos.

⁽²⁵⁵⁾ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 225.

7.3.2 Bienes incautados

Los bienes incautados deben ser registrados rigurosamente (art. 318). Para los efectos de determinar el lugar de custodia y la reglas de administración de los bienes incautados, el Código prevé que la Fiscalía de la Nación será la encargada de dictar las disposiciones reglamentarias correspondientes, lo que no es más que la explicitación de una de las funciones propias de la Fiscalía de la Nación.

En el caso que no exista el peligro de los fines de aseguramiento que motivaron la adopción de esta medida, el bien incautado, puede ser: a) devuelto al afectado, a cambio del depósito inmediato de su valor; o b) entregado provisionalmente al afectado, con la condición de que pueda ser revisado en cualquier momento hasta la conclusión del proceso. En el primer caso, el importe que deposite el afectado ocupará el lugar del bien; y en el segundo, se necesitará que el afectado presente caución, garantía real o determinadas condiciones.

En el caso que una persona –distinta al imputado– alegue derecho de propiedad sobre el bien incautado o tenga sobre el bien algún derecho –cuya extinción pueda ser ordenada en el caso de incautación o decomiso– se autorizará su participación en el proceso. Las personas que se consideren propietarias de los bienes incautados, que no hayan intervenido en el delito investigado, pueden solicitar el reexamen de la medida dictada.

Terminado el proceso penal principal a favor del imputado (sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o archivo de las actuaciones), los bienes incautados serán restituidos a quien tenga derecho, excepto cuando se trate de bienes intrínsecamente delictivos. La restitución no podrá ser ordenada cuando se deben garantizar –a solicitud de las partes legitimadas– el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas (art. 320).

Parte V

PROCESOS ESPECIALES



Capítulo Único

PROCESOS ESPECIALES

1. INTRODUCCIÓN

En doctrina, como en el derecho comparado se diferencia entre procedimiento ordinario, procedimientos especiales y especialidades procedimentales⁽²⁵⁶⁾. El primero se distingue por constituir el proceso regular, base de todas las formas de procedimiento. El segundo se destaca por contener entre sus disposiciones determinadas particularidades del procedimiento ordinario, que se manifiestan en la forma de inicio de la investigación preliminar, la adopción de las medidas de coerción, entre otros, pero manteniendo la estructura del proceso ordinario, cuyas normas son de naturaleza supletoria. El tercero constituye en sí procesos regulados dentro del mismo código o en leyes especiales⁽²⁵⁷⁾. El CPP 2004 domina al proceso penal ordinario “proceso común” (Libro Tercero).

El Código introduce –como sucede con los procesos penales modernos–, distintos procedimientos con la denominación de *procesos especiales* con la finalidad de contar con esquemas alternativos al proceso

(256) Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, 2005, pp. 901 y ss. MONTÓN REDONDO, A. *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO AROCA, Valencia, 1997, p. 479.

(257) Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal*. Sexta lectura constitucional, Bosch, Barcelona, 2000, p. 315. Sostiene el referido autor que el proceso penal debe ser único en todos los casos, sin perjuicio de las particulares acotaciones que haya que hacer en alguna de sus fases para cubrir supuestos determinados.

ordinario y que además faciliten el procesamiento de determinados casos en atención a la flagrancia o suficiencia probatoria, determinados mecanismos de simplificación, mecanismos del derecho penal premial, o por la calidad especial de las personas investigadas o afectadas por el delito.

De esta manera se regula debidamente el procedimiento que se debe seguir en atención a características muy particulares. La lógica central de los procesos especiales radica en su *alternatividad* al proceso ordinario, con sus propias características, que precisamente lo distinguen de aquel y que deben de ser utilizados para cumplir con sus finalidades.

Los procesos llamados especiales son los siguientes:

- 1) El proceso inmediato.
- 2) El proceso por razón de la función pública.
- 3) El proceso de seguridad.
- 4) El proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal.
- 5) El proceso de terminación anticipada.
- 6) El proceso por colaboración eficaz.
- 7) El proceso por faltas.

2. EL PROCESO INMEDIATO

Es un proceso especial que atiende al criterio de simplificación procesal, pues busca abreviar al máximo el procedimiento. La finalidad de este proceso especial es evitar que la etapa de la investigación preparatoria sea una etapa ritualista e innecesaria, dándole la oportunidad al representante del Ministerio Público de formular directamente acusación y que esta sea aceptada, sin la necesidad de realizar la audiencia preliminar de la etapa intermedia. Esto en razón de la suficiencia probatoria de las primeras diligencias realizadas o de la simplicidad de los hechos investigados.

Según el Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2016/CIJ-116 nuestro proceso inmediato se sustenta en: a) La noción de “simplificación procesal”, cuyo propósito es reducir etapas y aligerar el sistema probatorio para lograr un sistema célere sin mengua de su efectividad; y b) La

necesidad de una decisión rápida, a partir de la noción de “evidencia delictiva” o “prueba contundente”; asimismo dicho APE expresa que los presupuestos materiales de éste proceso especial son los siguientes: evidencia delictiva y ausencia de complejidad; y en la medida que ambos estén presentes, ésta vía estará legitimada constitucionalmente.

En la actualidad, el proceso inmediato se ha reformado mediante Decreto Legislativo N.º 1194, del 30 de agosto de 2015.

2.1 Supuestos de aplicación

El artículo 466 nos indica que este proceso especial procede en los casos de flagrante delito, confesión del imputado y suficiencia probatoria acumulada en la investigación preliminar (en este último caso, previo interrogatorio del imputado), en estos tres supuestos, la noción de “prueba evidente” o “evidencia delictiva” es primaria. Veamos:

- a. *Flagrancia delictiva*. La norma procesal sobre flagrancia ha sido modificada por la Ley N.º 29569⁽²⁵⁸⁾. Conforme a ella, el delito es flagrante cuando el agente “es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo”, que es el supuesto de *flagrancia* y *cuasi flagrancia*, respectivamente. También se agrega al texto original que hay flagrancia cuando el agente “ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible”. Esto amplía el conocido supuesto de presunción legal de *flagrancia*, pues exige que el agente huya de la escena del delito, que se le haya *identificado* (por testigos o video) y que se le detenga dentro de las 24 horas siguientes. También se amplía el supuesto de *presunción legal de flagrancia*, limitándolo en el tiempo cuando el sujeto “es encontrado

(258) Publicado en el diario oficial el 25 de agosto de 2010.

dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel, que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso” (art. 259).

En cuanto al desarrollo jurisprudencial del proceso inmediato, bajo el supuesto del delito flagrante, es importante tener en cuenta las casaciones N.º 842-2016/Sullana y 692-2016/Lima Norte, donde se desarrolla el concepto de flagrancia a efectos del proceso inmediato.

- b) *Confesión del imputado.* La confesión es la declaración judicial voluntaria que hace el imputado sobre la realización del delito incurrido. El artículo 160 exige que para que haya confesión, el imputado debe de admitir los cargos o imputación formulada en su contra. Esta debe ser debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, ser prestada libremente y de forma sincera y espontánea, en cuyo supuesto podrá reducirse la pena en una tercera parte por debajo del mínimo legal (confesión sincera, art. 161). No es de aplicación dicha reducción de pena, si se trata de un caso de flagrancia o exista suficiencia probatoria y cuando el imputado tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal por mandato expreso de la indicada norma procesal.
- c) *Suficiencia probatoria.* El proceso inmediato también se viabiliza cuando existe suficiencia probatoria sobre la comisión del delito, es decir, se cuenta con los elementos de prueba suficientes (admisión de cargos del imputado, declaraciones testimoniales, actas de incautación, reconocimiento que hace el agraviado, documentos audiovisuales, etc.) para sustentar la acusación y la eventual sentencia de condena. En estos casos, los elementos probatorios de cargo son de tal magnitud que hacen innecesaria continuar la investigación preparatoria.

En el supuesto que exista pluralidad, este proceso especial, será viable, si todos se encuentran en uno de los supuestos

de aplicación y estén implicados en el mismo delito. En caso que exista delitos conexos, estos no se podrán acumular, salvo que ello –la acumulación– resulte indispensable o que la no acumulación perjudique la investigación.

- d) *Otros supuestos.* El proceso inmediato es aplicable a los casos de delitos de omisión de asistencia familiar y a los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción conforme lo establece el artículo 446.4 del Código Procesal Penal; en este supuesto, también, se debe verificar los requisitos de evidencia delictiva y ausencia de complejidad.

Debemos precisar que, en cualquiera de los casos, quedan exceptuados los casos complejos.

Un elemento a tener en cuenta desarrollado por el APE 2-2016 es el principio a proporcionalidad en virtud del cual la Corte Suprema enunció: “A mayor gravedad del delito, más intensa la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato”.

2.2 Trámite y resolución

Corresponde al fiscal realizar la solicitud ante el juez de la investigación preparatoria formulando *requerimiento* de proceso inmediato, luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta (30) días de formalizada la investigación preparatoria en los casos de confesión sincera o evidencia probatoria acumulada durante las diligencias preliminares. En los demás supuestos deberá ser presentado al término del plazo de la detención policial establecido en el artículo 264. El juez, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes al requerimiento fiscal, realiza una audiencia única de incoación para determinar la procedencia del proceso inmediato. La detención del imputado se mantiene hasta la realización de la audiencia.

Dicho requerimiento de incoación estará acompañado del expediente fiscal formado en la investigación preliminar con los elementos probatorios existentes. El fiscal puede igualmente requerir al juez la adopción de la medida de coerción que asegure la

presencia del imputado en el desarrollo de todo el proceso inmediato (art. 447). El requerimiento de incoación debe contener, en lo que resulte pertinente, los requisitos establecidos para la disposición de formalización de la investigación preparatoria prevista en el artículo 336 del Código Procesal Penal.

En la referida audiencia –que tiene el carácter inaplazable–, las partes pueden instar la aplicación del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada, según corresponda. El juez, frente a un requerimiento fiscal de incoación del proceso inmediato, se pronuncia oralmente en el siguiente orden, según sea el caso:

- Sobre la procedencia de la incoación del proceso inmediato.
- Sobre la procedencia del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada, solicitado por las partes.
- Sobre la procedencia de la medida coercitiva requerida por el fiscal.

El auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato debe ser pronunciada, de modo impostergable, en la misma audiencia de incoación. La resolución es apelable con efecto devolutivo, el recurso se interpone y fundamenta en el mismo acto. No es necesaria su formalización por escrito.

Si el juez declara procedente la incoación del proceso inmediato, el fiscal procede a formular acusación dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad. Recibido el requerimiento fiscal, el juez de la investigación preparatoria, en el día, lo remite al juez penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio para la realización del juzgamiento bajo las reglas comunes, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 448. Frente al auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el fiscal dicta la disposición que corresponda o la formalización de la investigación preparatoria. Como se puede apreciar, la idea del proceso inmediato es pasar inmediatamente de la investigación preliminar al juzgamiento, suprimiendo las etapas de investigación preparatoria e intermedia. En el caso que el pedido se declare improcedente, se conti-

nuará con la investigación preparatoria a cargo del fiscal. Por otro lado, a solicitud del imputado, hasta antes que el fiscal formule acusación, puede instarse el proceso especial de terminación anticipada.

2.3 Proceso inmediato y acusación directa: Diferencias

El artículo 336.4 del CPP 2004 regula lo que algunos operadores jurídicos han llamado “acusación directa”, cuya redacción es la siguiente: “El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación”. Esta disposición ha sido considerada también como una “acusación por salto” y, además, muy parecida al proceso inmediato que prevé el art. 446.1 c, que establece que el fiscal podrá solicitar dicho proceso cuando “los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes”. Empero, se deben hacer las siguientes precisiones.

Primero, el proceso inmediato es un proceso especial con normatividad propia. La acusación directa o por salto se ubica como una posibilidad que ha creado el legislador para abreviar el proceso dentro del trámite ordinario. Segundo, el proceso inmediato suprime tanto la investigación preparatoria como la etapa intermedia, siempre y cuando medie la aprobación del juez de la investigación preparatoria, es decir, se pasa directamente de la etapa de investigación preliminar o, en su caso, de una etapa inicial de investigación preparatoria, a la fase de juzgamiento, previo control judicial. En cambio, el trámite regulado en el artículo 336.4 da la atribución al fiscal de formular directamente acusación, pero sin obviar trámites necesarios como lo es la audiencia preliminar, es decir, no se suprime, en modo alguno, la etapa intermedia donde el juez de la investigación preparatoria deberá ejercer el control de acusación en audiencia.

Dentro del contexto en que se ubica la llamada acusación directa (art. 366), relativo a la formalización y continuación de la investigación preparatoria, los requisitos y contenido de la disposición, así como la comunicación de dicha decisión al juez, y atendiendo a que el legislador

no ha considerado disposición complementaria al art. 366.4, puede entenderse que se trata de una posibilidad más del fiscal al momento de dar inicio a la investigación preparatoria, es decir, formular directamente la acusación, pues lo actuado permite establecer “suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado” y pasar a la fase intermedia del proceso ordinario. En cualquier caso, le corresponderá al fiscal optar por el pedido de un proceso inmediato o por la acusación directa, pudiendo incluso admitirse el pedido del imputado a la terminación anticipada. La decisión dependerá del caso concreto, de las posibilidades de simplificación del proceso y atendiendo a la fuerza conviccional que tengan los medios de prueba recolectados durante la investigación preliminar.

3. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La instauración de los procesos que pasaremos a examinar forma parte de los procesos especiales en razón de la función pública que ejercen los funcionarios públicos a quienes se les incrimina la comisión de hechos punibles.

Los casos conocidos en los últimos años y las dificultades de naturaleza procedimental existentes han motivado en el legislador la regulación de estos procesos atendiendo a criterios jurídicos para dar cumplimiento a una investigación y al posible juicio de determinadas autoridades públicas que tienen merecimiento especial o prerrogativas por su condición y función estatal, desde el marco del proceso debido.

3.1 Proceso por delito de función atribuida a altos funcionarios públicos

El presente proceso especial se relaciona directamente con la acusación constitucional prevista en el artículo 99 de nuestra Carta Fundamental. Dicha norma establece lo siguiente: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes del Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los

Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que este privilegio del antejuicio político, del que son beneficiarias las autoridades citadas, permite que no sean procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual la Comisión Permanente del Congreso debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como la subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley⁽²⁵⁹⁾. En el mismo sentido, señala la sentencia del TC que una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia “y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal. De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decidor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial”⁽²⁶⁰⁾.

Como se puede apreciar, un presupuesto de suma importancia lo constituye la relación funcionario-hecho punible y cargo que ejerce, es decir, que se trate de delitos que incurra la alta autoridad en *ejercicio de sus funciones*. Sobre la base de las reglas previstas para el proceso común, se observarán disposiciones especiales.

(259) STC. Exp. N.º 0006-2003-AI/TC-Lima, citado por BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *La Constitución de 1993 a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Ediciones Legales, 2.ª edición, 2008, p. 443.

(260) *Idem*, p. 443.

3.1.1 Altas autoridades que comprende

Como se ha dicho, la especialidad del proceso radica en la calidad de las máximas autoridades de la República y la necesidad de que por sus investiduras y altísimas responsabilidades, se encuentren sometidos a ciertos privilegios para efectos de la investigación y juzgamiento en caso de imputación de delito. Naturalmente, este procedimiento hace que tales autoridades sean investigadas por magistrados del máximo nivel fiscal y juzgadas por el máximo orden jurisdiccional, según fórmulas flexibles en la realización de las diligencias, pero con los mismos objetivos de determinación del delito y de responsabilidad penal de los imputados. La Constitución no les otorga mayores privilegios que los señalados en la ley procesal.

3.1.2 Normas específicas de procedimiento

Este proceso especial se regula en los artículos 449-451 del Código. Sus características principales son las siguientes:

- i) Se requiere de previa denuncia constitucional, siguiendo las normas del Reglamento del Congreso y la ley, por el Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito, o por los Congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, se requiere la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso, lo cual exige la calificación jurídica de los hechos investigados.
- ii) Dicha resolución acusatoria debe ser remitida con sus recaudos al Ministerio Público, y en el plazo de cinco días de recibida la misma, el Fiscal de la Nación deberá emitir la disposición, por medio de la cual comunicará a la Sala Penal de la Corte Suprema, el inicio de la investigación preparatoria.
- iii) Recibida la denuncia, se designará al Vocal Supremo que actuará como juez de investigación preparatoria y a los integrantes de la Sala Suprema Especial que actuará como instancia de juicio y conocerá de las apelaciones. En el mismo sentido, el Fiscal de la Nación designará a los fiscales supremos

que deben de intervenir en cada fase de este proceso especial. Dentro del Ministerio Público tal designación puede quedar preestablecida por disposición de la Fiscalía de la Nación.

- iv) El Vocal Supremo de la investigación preparatoria en el mismo plazo de cinco días dictará auto aprobando la formalización de la investigación preparatoria, y citando al Fiscal Supremo y al imputado. La ley lo señala expresamente en el art. 450.4. Ciertamente se trata de disposiciones que no se condicen con los principios de independencia en la función fiscal y jurisdiccional, sobre todo si se tiene en cuenta que el Ministerio Público es el titular en el ejercicio público de la acción penal y le corresponde, de manera autónoma e independiente, la calificación jurídico-penal. Por lo tanto, no está obligado –tampoco el Poder Judicial– a la tipificación que sobre los hechos haga el Congreso. Sin embargo, debe de señalarse que en tanto no se modifique la Constitución en los artículos correspondientes, no se podrá legislar en forma distinta, lo que significará que las normas imperativas que son materia de análisis, y que ya hemos criticado jurídica y académicamente, serán cambiadas o adecuadas cuando se cambie el texto de la Constitución.
- v) Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, en el inciso 6, se establece la posibilidad de que se enmiende la tipificación efectuada por el Congreso en su resolución acusatoria. En efecto, si de la investigación preparatoria el fiscal supremo advierte que la calificación jurídica de los hechos es distinta a la formulada en la acusación congresal, emitirá una disposición al respecto y requerirá al vocal supremo de la investigación preparatoria que emita la resolución aprobatoria correspondiente, previa audiencia con la concurrencia de las partes. Se establece expresamente que para este caso no se requerirá la intervención del Congreso. Esta posibilidad de recalificación jurídico-penal resulta congruente con lo señalado líneas arriba, máxime, cuando la calificación congresal sea claramente errónea. Por otro lado, cuando exista una necesidad de ampliar

el objeto de la investigación, el Fiscal Supremo comunicará de este hecho al Fiscal de la Nación, a fin de que formule la denuncia constitucional al Congreso.

- vi) Dentro del mismo proceso especial, una vez notificado el fiscal supremo competente, asumirá la dirección de la investigación según las mismas reglas del proceso común e igualmente podrá solicitar al órgano jurisdiccional supremo las medidas de coerción que considere necesarias o cualquier otra medida que requiera de su intervención.
- vii) Se establece la posibilidad de interponer medios de defensa técnicos (excepciones, cuestiones previas, prejudiciales u otras) una vez iniciada la investigación preparatoria. Estas posibilidades procesales también pueden eliminar la calificación jurídica efectuada que impone el Congreso.
- viii) El juicio oral se realiza según las normas del proceso común por la Sala Suprema Especial y la sentencia que dicte puede ser objeto de impugnación, la misma que será resuelta por otra Sala Suprema. Contra lo resuelto no cabe impugnación.
- ix) La absolución, el sobreseimiento o el archivo que sigue a algún medio de defensa técnico a favor del imputado, le devuelve a este sus derechos políticos de manera automática, por lo que no se requerirá acuerdo del Congreso. Esto resulta congruente con las facultades jurisdiccionales que tienen los jueces en este proceso especial, máxime si también les corresponde en estos casos la tutela de los derechos políticos de la persona.
- x) Se señala también de manera expresa que vencidos los cinco años sin que se haya iniciado el proceso penal especial, el funcionario público pierde su prerrogativa procesal y será sometido al proceso penal común. Se deja para el debate el caso del alto funcionario público que transcurridos los cinco años, ocupa el mismo cargo u otro similar dentro del contexto del artículo 99 de la Constitución. El delito debe ser sancionado, sobre todo, debido a la condición de su autor y la función pública que ejerce, por lo que la prerrogativa

constitucional de orden procesal no debe generar supuestos de impunidad. Finalmente, se establece que el plazo de cinco años que señala la Constitución en el artículo 99, no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal, conforme al artículo 84 del Código Penal.

Como se podrá apreciar, no existe una investigación preliminar, en los términos previstos en el CPP 2004, por la naturaleza de la intervención congresal; de allí que se le haya regulado como proceso especial, pero también resultaría poco apropiado atribuir a aquella la naturaleza de una investigación preliminar, pues es de orden político imperativo. Está dirigida por órganos distintos a los encargados de la persecución penal común de los delitos. Se puede abrir el debate sobre este punto en una perspectiva de *lege ferenda*.

- c) *Conversión del proceso común u ordinario.* La ley procesal establece que si en el curso de un proceso común se determina que un imputado se encuentra incurso en el artículo 99 de la Constitución, el juez, de oficio o a pedido de parte, previa audiencia, remitirá copia de lo actuado a la Fiscalía de la Nación a fin de que proceda a la formulación de la denuncia constitucional. Si la máxima autoridad del Ministerio Público rechaza el pedido, solicitará la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema, la misma que emitirá resolución inimpugnable. Esta disposición que aparece en el art. 451.1 del código, resulta contraria al principio de titularidad en el ejercicio de la acción penal que tiene el Ministerio Público y que se consagra en la Constitución (art. 159), pues el órgano jurisdiccional no puede imponerle la formulación de la referida denuncia, salvo que se interprete que la Sala Suprema pueda dirigirse directamente al Congreso formulando denuncia, lo que debería ser discutido dentro del marco constitucional.

También se establece –lo que merecerá debate al respecto por las implicancias procesales y ausencia de jurisprudencia– la posibilidad de acumular las causas seguidas contra los altos funcionarios que prevé este proceso especial y que haya merecido del Congreso resolución

acusatoria, con las personas que carecen de dicha condición especial pero que han participado del mismo hecho delictivo (art. 451.2).

3.2 El proceso por delito común atribuido a congresistas y otros altos funcionarios públicos

El legislador ha regulado un proceso especial cuando se trata de la comisión de delitos comunes atribuidos a determinadas autoridades públicas. El art. 452.1 comprende a los Congresistas, al Defensor del Pueblo y a los miembros del Tribunal Constitucional. Esta prerrogativa se aplica desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. En tal sentido, durante dicho plazo no podrán ser sometidos a investigación preparatoria ni juzgamiento, sino hasta que el Congreso o el Tribunal Constitucional, según el caso y el procedimiento, emita una autorización expresa. Queda claro que no hay ningún impedimento para realizar la investigación preliminar que, precisamente, es la que conllevaría al pedido de autorizaciones.

En caso de flagrante delito, el funcionario detenido será puesto a disposición del Congreso o del Tribunal Constitucional, dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se pronuncie sobre la autorización para la detención y el juzgamiento. En tal sentido, se abrevia el procedimiento (art. 452.2).

Como se puede observar, el legislador hace la precisión de que se trata de delitos de naturaleza común fuera del ejercicio de las funciones que son propias de su autoridad. Es el caso del delito de usurpación, lesiones, homicidio, falsificación de documentos, encubrimiento personal, etc. Dado el nivel del funcionario, se crea un espacio de control y decisión sobre la investigación penal iniciada y su continuidad.

Esto último depende de la calificación política que se decida. Es posible que no exista autorización de la institución competente, en cuyo caso el proceso preliminar quedará en suspenso hasta que se cumpla el plazo que señala la ley (desde que es elegido hasta un mes después de haber cesado en sus funciones). Se deben tener en cuenta los términos prescriptorios para continuar o no la persecución penal común, aunque también puede resultar que el hecho no llegue a investigarse si la misma persona es reelegida como funcionario de alto nivel.

Este proceso establece las siguientes reglas a seguir:

- a) La investigación preparatoria y el juzgamiento se rigen de acuerdo a las normas del proceso común.
- b) El juicio oral se realizará por un juzgado colegiado.
- c) Procede el recurso de casación.
- d) Si en las investigaciones preliminares o en el curso del proceso se advierte que el imputado está incurso en las prerrogativas señaladas anteriormente, el juez, sea de oficio o a petición de parte, y previa audiencia, emitirá resolución, la que será inimpugnable, y elevará lo actuado respecto de aquel, al Presidente de la Corte Superior para que, a su vez, remitan las actuaciones al Congreso o al Tribunal Constitucional, para efectos de la expedición de la autorización correspondiente. Se reservará el proceso común respecto de dicho funcionario hasta la decisión final por el órgano competente; y si hubieran otras personas procesadas, continuará la causa.

3.3 El proceso por delito de función atribuido a otros funcionarios públicos (magistrados y procuradores)

Este proceso especial se sigue contra magistrados de primer y segundo nivel del Poder Judicial y del Ministerio Público (jueces y fiscales superiores, fiscales adjuntos supremos, jueces de primera instancia y fiscales provinciales, fiscales adjuntos provinciales y jueces de paz letrados, y otros funcionarios que señala la ley), procurador público de competencia nacional y miembros del Tribunal Supremo de Justicia Militar, por delito incurrido en ejercicio de su función. En estos casos, corresponderá al Fiscal de la Nación emitir una disposición que decida el ejercicio de la acción penal, ordenando al fiscal competente la realización de la investigación preparatoria. Para tal efecto, deberá realizarse previamente una investigación preliminar por la Fiscalía de la Nación o la Fiscalía Suprema que administrativamente tenga tal función.

Tratándose de flagrante delito, no se requerirá de la autorización del Fiscal de la Nación, pues la persona intervenida será puesta a dis-

posición del fiscal supremo o superior correspondiente, según el caso, para que formalice la investigación preparatoria. Por lo tanto, con los elementos probatorios que tiene y la circunstancia flagrante del ilícito, seguirá conociendo del delito en fase preparatoria, con conocimiento de la autoridad judicial que sea competente. Esta disposición procesal prevista en el art. 454.2 es muy importante, porque permite continuar con las investigaciones sin necesidad de esperar la autorización señalada en el apartado 1, sobre todo si el hecho ocurre en lugares distantes a la sede central de la Fiscalía de la Nación.

Cuando el delito de función sea atribuido a los miembros del Tribunal Supremo de Justicia Militar, a jueces y fiscales superiores, y al procurador público, y otros que señala la ley, la investigación preparatoria corresponderá a un fiscal supremo; se designará a un vocal supremo para que actúe como juez de investigación preparatoria. Se establecerá una Sala Especial integrada por jueces de la Corte Suprema para que actúen como órgano colegiado del juzgamiento; igualmente se designará un fiscal supremo para dicha instancia. Si la sentencia fuera apelada, conocerá otra Sala Especial Suprema a fin de que conozca del caso y dicte sentencia (inapelable), previo dictamen del fiscal supremo que se designe.

Tratándose de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público de inferior jerarquía, se siguen reglas similares. Así corresponderá a un fiscal superior la dirección de la investigación preparatoria, correspondiendo a la Corte Superior la designación de los jueces superiores que actuarán como juez de investigación preparatoria y sala penal especial para el juzgamiento. Se dispone que el fiscal presidente de la Junta de Fiscales hará lo propio con la designación de los fiscales a intervenir. En estos casos, la sentencia apelada será de conocimiento de la Sala Penal Suprema.

4. EL PROCESO DE SEGURIDAD

Este proceso llamado de seguridad establece el procedimiento a seguir contra personas inimputables. Es decir, aquellas que han realizado una acción, típica, antijurídica, pero no culpable (hecho punible). Es por ello que no se le puede imponer una pena sino una medida de seguridad.

La determinación de esta medida se debe realizar, de conformidad con lo que se concluya del informe pericial y el examen que realice el juez. Sin embargo, dependiendo de lo actuado en el proceso, puede reconvertirse este proceso especial en uno ordinario.

Tiene naturaleza preventiva, pues al imponerse una medida de seguridad, se busca ejercer un control sobre el agente que cometió el delito, a fin que no vuelva a perpetrar nuevas infracciones. El presupuesto para determinar la medida de seguridad no sería la culpabilidad del agente, pues este no tiene esa capacidad, sino que sería su peligrosidad.

4.1 Instauración del proceso

Su regulación procesal se encuentra en los artículos 456-458 del Código. Deben verificarse los siguiente supuestos:

- a) Luego de haberse dictado la resolución prevista en el artículo 75, según el estado de la causa (etapas de investigación preparatoria, intermedia o de juicio oral), cuando existan razones fundadas para considerar el estado de inimputabilidad del procesado, al momento de los hechos, el órgano jurisdiccional dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado. Cuando se haya recibido el informe pericial, previa audiencia –con intervención de las partes y el perito– si el juez considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, se dictará la *resolución* correspondiente instando la incoación del procedimiento de seguridad.
- b) Cuando culminada la fase preparatoria, el fiscal estima que el imputado solo merece la imposición de una medida de seguridad (disposiciones del Título IV, Libro I del Código Penal); según el estado de la causa, el fiscal solicitará la apertura de juicio oral y formulará su requerimiento de imposición de la medida de seguridad que establece la ley penal. La decisión de aprobar o rechazar la iniciación del proceso de seguridad corresponde al órgano jurisdiccional en audiencia.

En el caso de pluralidad de imputados, se deberá desacomular el extremo de los cargos que se le imputan y seguir el trámite que se establece. El proceso de seguridad no podrá acumularse con un proceso común.

Como se podrá observar, no se trata de una acusación fiscal pero se seguirán sus normas en lo pertinente, de tal manera que se realizará el juicio oral solo para determinar la imposición de la medida de seguridad pedida por el fiscal; aunque también se prevé –como se ha dicho– el regreso al proceso ordinario por no acreditarse el estado de inimputabilidad. La solicitud para seguir este proceso corresponde al fiscal, aunque no habría impedimento para que el defensor del imputado haga el pedido a dicha autoridad.

4.2 Características del proceso

En líneas generales se aplicarán las disposiciones del proceso penal común, sin perjuicio de las siguientes reglas:

- a) Las facultades del imputado serán ejercidas por su curador o por quien designe el juez de la investigación preparatoria, con quien se realizara todas las actuaciones menos las de carácter personal, incluso, se prevé que el imputado no sea sometido a interrogatorio, cuando fuere imposible su cumplimiento.
- b) El requerimiento fiscal es para la imposición de una medida de seguridad. El juez de la investigación preparatoria puede admitirla y pasar a la fase del juicio oral. Puede también rechazar dicho pedido cuando considera que es de aplicación una pena. Contra dicha resolución procede recurso de apelación con efecto suspensivo.
- c) El juicio oral se realiza en privado; también es posible el juicio sin la presencia del imputado por razones de salud, orden o seguridad. Su curador lo representará. Naturalmente, ello no reemplaza la presencia e intervención del defensor técnico.
- d) Si el imputado no puede concurrir al juicio, previamente a su inicio, debe de ser interrogado con la intervención del perito y si la condición de aquel lo permite. En esencia, se trata de una prueba anticipada, con la intervención de los demás sujetos

procesales, pero con la anotación de que se trata del imputado que se encuentra imposibilitado de concurrir al juicio. En todo caso, en el juicio se podrán leer sus declaraciones anteriores.

- f) El perito debe ser interrogado en el juicio sobre el estado de salud del imputado o se ordenará un examen ampliatorio por el mismo u otro perito.
- g) En audiencia las partes deberán debatir sobre la aplicación de la medida de seguridad o sobre la absolución del imputado; por lo tanto, la sentencia penal, con sus características propias, debe de comprender, los extremos señalados. La sentencia penal es susceptible de impugnación por la parte disconforme.

4.3 Reconversión al proceso ordinario

La ley procesal también prevé la posibilidad que como consecuencia del debate oral no resulte de aplicación una medida de seguridad y sea posible la aplicación de una pena. Con este convencimiento, el juez, de oficio o a pedido del fiscal, dictará una resolución de *transformación* o *reconversión* del proceso. Deberá advertir al imputado de la variación de situación jurídica, lo oír –respetándose así su derecho de defensa– y también a las partes. Así suspenderá la audiencia y la reiniciará antes de los ocho días (arts. 458.1 y 360.3).

Esta decisión judicial supone que en el mismo juicio se varía el proceso de seguridad a un proceso común. De allí que si el fiscal está convencido de la imposición de una pena, se le faculta formular acusación ampliatoria. La posición fiscal debe ser clara y convincente, pues recuérdese que es la autoridad que en principio solicitó el proceso de seguridad y solo después del debate en el juicio oral tiene la posibilidad de cambiar de posición. Si considera que no existe merecimiento de pena, deberá expresarlo mediante la forma procesal que corresponda. No debe olvidarse que es el titular del ejercicio público de la acción penal.

Finalmente, reconducido el juicio oral a uno de naturaleza común rigen sus reglas hasta su culminación, debiéndose –como lo señala la ley– repetir las diligencias en las que el imputado no se encontraba presente (art. 458.3).

5. EL PROCESO POR DELITO DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN

Este proceso especial se concibe en atención al delito objeto de procedimiento, en este caso, los delitos de ejercicio privado de la acción o delitos privados. Lo que caracteriza a este tipo de delitos es que la persecución le compete exclusivamente a la víctima, solo a su petición se puede iniciar este procedimiento. Así lo establece el artículo 1.2 del código: “En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querella”.

El agraviado, en los delitos privados, se erige como querellante particular, sujeto procesal reconocido en el capítulo III. Título II. Sección IV del Código Procesal Penal. Es una parte necesaria que posee tanto la pretensión penal como la civil a través de la querella.

Ello significa que la persona agraviada o el ofendido ejercitará la acción ante el Juez de manera directa, y como querellante tendrá las mismas facultades y obligaciones del Ministerio Público, como si se tratase de delitos de ejercicio público de la acción penal, sin perjuicio de ser sometido a interrogatorio. La ley penal establece qué delitos tienen esta forma privada de la acción penal. Entre ellos tenemos: a) delitos de lesiones culposas leves (art. 124, primer párrafo, del CP); b) delitos contra el honor (arts. 130-132 del CP); y c) delitos de violación a la intimidad (art. 158 del CP).

5.1 Trámite del proceso: control de admisibilidad, investigación preliminar, auto de citación a juicio, audiencia, sobreseimiento y medidas cautelares

- a) La persona directamente ofendida o su representante legal, nombrado según las facultades especiales del proceso civil, puede presentar la querella ante el juez penal unipersonal. Se constituye en querellante particular.
- b) La formulación de la querella se rige por lo dispuesto en el artículo 108 del Código y se formula por escrito con contenido específico bajo sanción de inadmisibilidad (sus datos de

identidad relato de los hechos, las razones jurídicas, datos del querellado, las pretensiones penales y civiles, así como las pruebas que ofrece). A la vez, se ejerce la titularidad con los derechos y facultades que prevén los artículos 107 y 109, respectivamente. El escrito va con copia para el querellado.

- c) El juez podrá observar la querella cuando no sea clara o se encuentre incompleta. Debe subsanarse la omisión o completarse la misma dentro de tres días, caso contrario, el juez dará por no presentada la querella y ordenará su archivo. Ciertamente se trata de una sanción procesal por incumplimiento a un mandato judicial, a lo que debe agregarse que consentida o ejecutoriada la resolución judicial, tendrá la calidad de cosa juzgada y no podrá ejercitarse querella sobre el mismo delito.
- d) También se establece el rechazo a la querella por el juez, si resulta evidente que el hecho no constituye delito, que la acción ya ha prescrito o se trate de delito que merece ejercicio público de la acción penal.
- e) Si para efecto del proceso se requiere de una investigación preliminar policial, referida a los datos de identidad del querellado o cuando se requiere precisar las circunstancias del delito, el querellante lo solicitará al Juez, quien ordenará a la policía la investigación en los términos solicitados, fijará plazo. La policía remitirá un informe con el resultado de la investigación, la que será remitida al querellante para que complete la denuncia dentro del quinto día, caso contrario, caducará su derecho (art. 461, incisos 1 y 2).
- f) Si la querella cumple con los requisitos que exige la ley procesal, el juez expedirá la resolución de admisión denominado *auto admisorio de la instancia* y correrá traslado al querellado por cinco días para que este conteste y ofrezca pruebas. Seguidamente, el dictará auto de citación a juicio, el que se realizará en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta.
- g) En la audiencia, el juez posibilitará la conciliación en sesión privada, caso contrario, dejando constancia de ello, continua-

rá el juicio, en sesión pública, con el análisis de las pruebas ofrecidas. En realidad es opinable la realización de un juicio público tratándose de casos que normalmente interesan a las partes en un conflicto que nace de acción privada. Entendemos que el legislador ha distinguido el ejercicio o inicio de la acción con la naturaleza pública del juicio oral a que se somete el querellante con este proceso.

- h) Culminada la audiencia y siguiendo en las normas del proceso común, el juez dictará sentencia, en ella se resolverán los medios de defensa presentados por el querellado.
- i) Tratándose de delitos contra el honor cometidos mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, y a solicitud del querellante particular, se podrá ordenar la publicación de la sentencia condenatoria firme. Los costos estarán a cargo del condenado.
- j) El Código regula el *sobreseimiento* del proceso si el querellante, injustificadamente, no concurre a la audiencia o se ausenta durante la misma.
- k) En este proceso es posible la adopción de medidas de coerción contra el querellado, pero solo la de comparecencia con o sin ellas, según las necesidades de aseguramiento procesal. El fundamento específico se encuentra en el peligro procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. También se contempla la declaración judicial de contumacia del querellado que no concurre al juicio oral o se ausenta del mismo, pese a existir notificación debida. Contra el querellado, la autoridad policial ordenará la *conducción compulsiva*.

5.2 Abandono, desistimiento y muerte o incapacidad del querellante

El juez declarará el *abandono* del proceso si hay inactividad procesal durante tres meses seguidos, lo que puede ser declarado de oficio (o a pedido de la parte interesada). También es posible el *desistimiento* o la *transacción* en cualquier estado del proceso; y se

establece para estos supuestos como sanción procesal que no podrán intentar nuevamente la querrela.

Si el querellante muere o queda incapacitado antes de concluir el juicio oral, cualquiera de sus herederos podrá asumir el carácter de querellante particular dentro de los treinta días siguientes de dichos episodios.

5.3 La impugnación

Conforme a las reglas de la impugnación (admisión y trámite), la sentencia dictada por el juez penal puede ser objeto de apelación. Se remitirá lo actuado a la Sala Superior para la decisión respectiva. Tampoco interviene el fiscal y contra lo resuelto por la Sala Superior no cabe impugnación alguna.

6. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

Se trata de un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los códigos procesales. Su finalidad es evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena de una sexta parte. Se trata en esencia de una *transacción penal* para evitar un proceso innecesario.

Este proceso especial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Ya en 1994 se introduce en nuestra legislación mediante la Ley N.º 26320 solo para el delito de tráfico ilícito de drogas⁽²⁶¹⁾. Se tiene como fuente directa la legislación colombiana⁽²⁶²⁾, que a su vez se inspiró en la legislación italiana con la figura del *patteggiamento* regulada en su

⁽²⁶¹⁾ Véase PEÑA CABRERA, Raúl. *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, 2.ª edición, Lima, 1995. También PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Terminación anticipada del proceso, principio de oportunidad, colaboración eficaz y arrepentimiento*. Jurista Editores, Lima, 2003.

⁽²⁶²⁾ Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 923.

artículo 444⁽²⁶³⁾. El legislador peruano mejora la antigua ley colombiana⁽²⁶⁴⁾ y mantiene su texto, incluso, lo amplía para comprender a todos los delitos. En conclusión, tal y como está regulado en el Código Procesal Penal 2004, este proceso especial, en esencia, se inspira en el *patteggiamento* italiano.

Debe destacarse que como consecuencia de la aplicación de este proceso especial se redefinen las funciones propias de los fiscales y jueces, pues si bien es cierto, el fiscal dirige la investigación del delito y, en su momento, formula su requerimiento acusatorio, por este proceso adelanta su decisión acusatoria y, a la vez, debe de hacer uso de mecanismos propios de la transacción penal para llegar a un acuerdo de pena y reparación civil con el imputado y su defensor. Por su parte, el juez de la investigación preparatoria analiza la propuesta que se encuentra en el acuerdo para examinar su sustento, hacer control de la legalidad y luego dictar sentencia dentro de las 48 horas siguientes sobre la base de lo actuado y acordado por el fiscal y las partes.

Este proceso especial no constituye un incidente del proceso principal, pero va paralelo a este, y debe de concluir antes –si es aprobado– influyendo en la continuación del proceso principal, pues carece de objeto su prosecución. Si no fuere aprobado, se archivará lo actuado y lo expuesto en el mismo se considerará inexistente.

6.1 El acuerdo o negociación entre las partes

La característica esencial de este proceso especial lo constituye el acuerdo o la *negociación* entre el fiscal y la defensa, que forma parte de la fórmula transaccional en materia penal, ya conocida en nuestro medio

(263) SAN MARTÍN CASTRO expresa: “Este procedimiento tiene su origen en el ‘*patteggiamento*’ italiano, introducido por la Ley N.º 698, de 24 de noviembre de 1981” (SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 2.º edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1383).

(264) Actualmente en la nueva legislación colombiana (vigente desde el 2005 por ley 906), se regulan los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o el acusado, en los artículos 348 y siguientes, donde incluso se llega a una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible.

a través de otras instituciones y que refleja la influencia del modelo anglosajón en sistemas –como el nuestro– donde rige el principio de legalidad. El *plea bargaining* o la aplicación del llamado principio de oportunidad –también los casos de colaboración eficaz– aparece como una de las experiencias más importantes en la fórmula de negociación entre la parte encargada de la investigación oficial y la defensa. DOIG DÍAZ hace notar esta influencia anglosajona en la construcción de los nuevos modelos procesales, pero también alerta sobre los riesgos de la generalización de un modelo de justicia negocial en el contexto del futuro de la justicia penal⁽²⁶⁵⁾.

Según SAN MARTÍN, la idea de simplificación de este procedimiento parte en este modelo del principio de consenso⁽²⁶⁶⁾, lo cual se encuentra sustentado en la aceptación de cargos del imputado.

Conforme a la legislación ya vigente, este es quizás uno de los aspectos más difíciles de abordar en la práctica, es decir, llegar a un acuerdo que satisfaga la pretensión del fiscal y también a la defensa del imputado, o cuando menos que le convenga, desde el punto de vista de su estrategia defensiva. En el primer caso, la posición del fiscal en su pretensión punitiva debe de proyectarse en lo que sería la formulación del requerimiento acusatorio, teniendo en cuenta la actividad probatoria desarrollada, los márgenes de penalidad existentes en la legislación penal y la pena que, según su parecer, debe de imponerse al imputado. En tal sentido, los principios y criterios para la sustentación de la acusación escrita, sobre todo, los de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, son los que deben de inspirar la intervención fiscal. Asimismo, debe de tener en cuenta las posibilidades de reducción de pena conforme a las posibilidades que regula la ley procesal y su relación a la pena que efectiva o condicionalmente se fijará en el acuerdo.

(265) DOIG DÍAZ, Yolanda, "El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004", en *Actualidad jurídica* N.º 124, p. 106.

(266) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, 2.ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1384.

Cabe destacar que el hecho que el imputado acepte los cargos, en este procedimiento especial, no significa que sea equivalente a una confesión por su parte, sino que solo debe ser tomado como una estrategia de parte de la defensa –en sentido lato– a fin de obtener una respuesta punitiva menos intensa, que a su vez beneficia al sistema penal pues permite la descongestión del mismo. No equivale a una confesión pues tenemos:

- a) Cuando el imputado se acoge a este proceso, recibe un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte, el cual será adicional y se acumulará al que reciba por *confesión* (art. 471). La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada. Asimismo, la reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de esta; tampoco opera en otros casos que la ley contempla.
- b) Cuando no se llegue a un acuerdo o este no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (art. 470).

6.2 Oportunidad de su aplicación y sujetos procesales legitimados

De la naturaleza jurídica de la institución y de la lectura normativa del texto del CPP 2004, se desprende que la terminación anticipada del proceso se aplica una vez expedida la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria y *hasta antes de formularse la acusación fiscal* (art. 468.1). Es decir, para el inicio formal de este procedimiento especial se necesita contar con la disposición de formalización de la investigación preparatoria, lo cual no impide que una vez iniciada la investigación preliminar de cualquier caso (incluyendo los supuestos de flagrancia, confesión o suficiencia probatoria) se puedan ir gestando las conversaciones previas entre el imputado, su defensor y el fiscal.

La oportunidad de la aplicación es de suma importancia para efectos de la finalidad de dicho proceso especial, pues lo que se espera es que se evite un proceso común innecesario. De allí el sentido de *premiar* al solicitante con la reducción de la pena. Por la misma razón, no tendría sentido su aplicación durante la fase intermedia del proceso, además porque ya existe un requerimiento acusatorio, con exposición de pruebas, propuesta de pena y reparación civil, lo que hace muy difícil la postura fiscal para efectos de la *negociación* con la defensa, quien además podría sentirse en mejores condiciones para lograr el acuerdo.

Por otro lado, la norma procesal es bastante clara para entender que solo se aplica *antes* de la acusación. El hecho que en el artículo 350.1e cuando trata de la notificación de la acusación, permite a las partes *instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad*. Esto no significa que se refiera a la terminación anticipada que regula el art. 468 y siguientes de la ley procesal, sino a la posibilidad de que el imputado pueda plantear un supuesto de oportunidad previsto en el artículo 2 (último párrafo) de la misma ley procesal (acuerdo notarial). Cuando la Corte Suprema establece como doctrina legal que los “rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho de que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos”⁽²⁶⁷⁾ está resaltando el origen común que tienen estas instituciones dentro de los supuestos de oportunidad que la legislación regula –como lo es también el principio de oportunidad del art. 2 y el proceso de colaboración eficaz– en las cuales se aplican fórmulas de consenso. Esto también se menciona en la citada sentencia suprema cuando expresa que “el principio de consenso comprende ambos institutos procesales aunque en diferente intensidad y perspectiva”.

Consideramos importante tener en cuenta que la terminación anticipada del proceso constituye un proceso especial con reglas propias que deben de cumplirse, pero evitando interpretaciones que

(267) Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 18 de julio de 2008, fundamento 22.

puedan afectar el texto claro del art. 468 del código y desnaturalizar su procedimiento. En todo caso, el tema puede generar debate pero deberá ser evaluado a la luz de hacer a la justicia penal más eficaz y oportuna sin dejar de lado la naturaleza propia de las instituciones.

Por otro lado, según nuestra regulación, siguiendo al modelo italiano, solo pueden instar el inicio de este proceso especial: el imputado, el representante del Ministerio Público o conjuntamente los dos. En este primer momento no interviene la parte civil, pues el Ministerio Público es el titular de la acción penal. Asimismo, el acuerdo sobre la pena y la reparación civil –pese que esta es la pretensión del actor civil– se efectúa solo entre los dos sujetos procesales mencionados. Ello no significa que la parte civil se encuentre relegada del trámite de este proceso penal, porque, una vez notificada del requerimiento inicial o la solicitud del imputado, puede pronunciarse respecto a su procedencia y formular su pretensión, también tiene derecho a apelar la decisión del juez de aprobar el acuerdo, solo en cuanto a su pretensión.

Esta decisión es exclusiva del imputado por las consecuencias jurídicas que ello importa. El pedido puede ser verbal o escrito. Naturalmente, ello dependerá de las posibilidades favorables que su defensor considere lograr con el acuerdo, pues deberá proyectarse tanto en la pena a sufrir por su patrocinado como por el pago de la reparación civil que deberá sumir. También es necesario señalar que si bien es cierto la iniciativa al principio corresponde al imputado o a su defensor, no habría impedimento para que el fiscal hiciera conocer al defensor de las bondades de este proceso especial; sin embargo, ello no debe de significar que sea el fiscal quien trate de imponer a la defensa su aplicación o que se convierta en una “promesa” a fin de lograr su aceptación, pues ello desnaturaliza el sentido de esta institución.

6.3 Ámbito de aplicación

Es importante destacar que, a diferencia de la legislación anterior, la terminación anticipada se aplica para todos los delitos, sin distinción alguna, es decir, procede tanto para delitos leves como para los de gravedad. Ello se encuadra dentro de una política criminal de abreviación del

proceso y pretende, además, lograr una reducción de la carga procesal en la justicia penal, que es la esencia de este proceso especial.

En tal sentido, tanto a fiscales como a jueces –como se ha dicho precedentemente– se les faculta a establecer acuerdos y aprobarlos o no, respectivamente, en delitos de usurpación, estafa, hurto simple, agravado, robo, robo agravado, homicidio, tráfico ilícito de drogas, etc.

6.4 Normas de procedimiento

El art. 468 de la ley procesal establece las normas de procedimiento y las características principales:

- a) Se inicia a pedido del fiscal o del imputado ante el juez de la investigación preparatoria. Estos son los sujetos procesales legitimados para solicitarlo, lo que excluye a los otros sujetos de la relación procesal. El pedido es para que se realice una audiencia de terminación anticipada, una vez emitida la disposición fiscal y hasta antes de formularse acusación. Solo una vez puede realizarse este proceso, de manera tal que denegado o desaprobado el acuerdo, no es admisible un nuevo pedido.
- b) Se tramita como proceso especial en cuaderno aparte y no interrumpe el proceso original.
- c) La solicitud puede ser conjunta por el fiscal y el imputado, lo que ya prevé la ley. Ello posibilita la realización de un acuerdo provisional anterior a la realización de la audiencia judicial, sobre la pena, la reparación civil y las demás consecuencias accesorias. Las primeras conversaciones pueden generarse durante la investigación preliminar, lo que permite la abreviación del proceso desde su inicio. El fiscal –en atención al acuerdo inicial– emita la disposición de investigación preparatoria y el pedido al juez para la realización de la audiencia especial⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁸⁾ Mientras el fiscal y las partes no suscriban el acuerdo, el pedido no podrá formalizarse ante el juez, lo que significa que el defensor del imputado o este puede desistirse de continuar con el inicio del trámite, en cuyo caso, se deberá seguir con la investigación según su estado.

- d) El requerimiento fiscal o el pedido del imputado será puesto en conocimiento de las partes, es decir, del actor civil y del tercero civil responsable, por el plazo de cinco días, a fin de se pronuncien sobre su procedencia y, en su caso, hagan conocer cuáles son sus pretensiones (art. 368.3). La posición de estos sujetos procesales puede hacerse por escrito, pero igualmente, si se encuentran acreditados, serán notificados de la realización de la audiencia especial, la misma que realizará con la presencia obligatoria del fiscal; del imputado y de su defensor. La concurrencia de los demás sujetos procesales es facultativa.
- e) El beneficio que recibe el imputado es la reducción de la pena en una sexta parte, a la que puede acumularse la que merezca por confesión sincera. Esta es la parte premial del proceso de terminación anticipada que se rige por el beneficio que obtiene el imputado, la que se deduce de la pena probable que planteará el fiscal. Por el solo hecho de acogerse a este proceso el imputado ya merece una reducción de la pena en una sexta parte. Sobre esta se reducirá aún más si es viable el supuesto de confesión sincera, conforme a lo previsto en el artículo 161 de la ley procesal, la norma precisa que esta confesión debe ser útil y anterior a la celebración del proceso especial. En este punto debemos precisar que conforme a la modificación realizada por la ley 30076, de agosto de 2013, la norma, también, prevé que dicha acumulación no será procedente cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, conforme a las normas del código Penal, y solo recibirá el beneficio correspondiente a la terminación anticipada. Finalmente, el Código, también, prevé, conforme a la última modificatoria de junio de 2019 por la ley N.º 30963, que la reducción de la pena por terminación anticipada no procede en determinados supuestos, entre ellos los casos relacionados a organizaciones criminales y determinados delitos que la ley señala (art. 471, parrafo 3).
- f) Si no se llega a un acuerdo o este no es aprobado por el juez, se tendrá por *inexistente* lo declarado por el imputado en este proceso y, naturalmente, no podrá ser utilizado en su contra (art.

470). Comoquiera que el proceso se realiza y consta en forma de incidente, de producirse el caso en comento, se archivará lo actuado. Sin embargo, la continuación del proceso ordinario no se debe ver afectada, primero, porque el fiscal continuará en su función investigadora y, en su caso, formulará acusación; y segundo, porque en este último supuesto (requerimiento acusatorio) quien dirigirá el juicio oral será un juez distinto al que conoció de la terminación anticipada. Esta prohibición de inexistencia, no solo comprende al fiscal, sino también a los otros sujetos procesales, que no podrán utilizar lo que aparece de dicho proceso de terminación anticipada.

6.5 Audiencia especial y privada

Conforme a la ley procesal, el juez citará al fiscal, al imputado y a su defensor, para la realización de una audiencia especial y privada. Con ellos ya se podrá instalar la audiencia, pues la concurrencia de las demás personas es facultativa. El fiscal debe de presentar los cargos de incriminación que existen contra el imputado, quien podrá aceptarlos en todo o en parte, o podrá rechazarlos. El juez debe de explicarle los alcances y consecuencias del acuerdo, e instar a las partes a que lleguen a un acuerdo, lo que no debe entenderse como una actividad conciliadora del juez.

En la audiencia no hay actuación probatoria sino posibilidad de acuerdo entre los actores principales. Comprende pena, efectiva o condicional, reparación civil y consecuencias accesorias.

6.6 Control y Resolución Judicial

El juez realiza el control de legalidad del acuerdo que le presenta el fiscal, verificará la razonabilidad, la existencia de los elementos de prueba suficientes. Si acepta los términos del acuerdo, dictará sentencia anticipada dentro de las 48 horas, con las características y efectos propios; caso contrario, *desaprobará* el acuerdo. Solo se presenta el acuerdo entre las partes ante el Juez, si no produce se dará por culminado el proceso con la emisión de la resolución respectiva.

Este acuerdo al que llegan las partes debe ser objeto de control por el juez, pues obviamente, aún con acuerdo aceptando los cargos, si a criterio del juez el hecho no constituye delito o no existen pruebas de la imputación, deberá dictar sentencia absolutoria. Por ello, se establece en el último párrafo del art. 468.6 que rige lo dispuesto en el artículo 398 que se refiere precisamente al contenido y alcances de la sentencia de absolución. Pero el control judicial es precisamente el control sobre el acuerdo, es decir, si está bien o mal; no comprende la determinación de la pena y la reparación civil por el juez, apartándose del acuerdo entre las partes. El apartado 6.6 del art. 468 establece que “si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, *dispondrá* en la sentencia la aplicación de *la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutive que ha habido acuerdo.*” El *subrayado* es nuestro y se emplea precisamente para resaltar que ante el acuerdo entre el fiscal y el defensor del imputado, la ley no faculta al juez a modificar el acuerdo, solo a aprobar o desaprobado el acuerdo. Es más, se le faculta al Juez para que en la audiencia especial inste a las partes “a que lleguen a un acuerdo” (apartado 4), por lo que puede, incluso, suspender la audiencia por breve término.

6.7 Apelación

La sentencia aprobatoria podrá ser apelada por los demás sujetos procesales en cuanto a la legalidad del acuerdo y el monto de la reparación civil. Corresponderá a la Sala Superior conocer del caso, podrá a su vez aprobar o no el acuerdo, e incluso podrá resolver el incremento de la reparación civil dentro de lo que pretende la parte civil. La ley no menciona la posibilidad de que el tribunal revisor pueda modificar el extremo de la pena.

Como puede entenderse, si no hay acuerdo o este no se produce, no cabe impugnación alguna. Sin embargo, si bien es cierto la norma no señala expresamente si resulta impugnabile el auto que desapruueba el acuerdo, consideramos que sí resulta apelable. Así lo ha señalado la

Corte Suprema: “No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°. 1. b) y e) CPP 2004, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia– respecto de las decisiones que causan estado”⁽²⁶⁹⁾.

6.8 Casos complejos

La aplicación de la terminación anticipada no muestra mayores inconvenientes cuando se trata de casos de naturaleza individual o de aquellos que pueden ser considerados sencillos, es decir, en donde se trata de un delito y/o de un solo imputado. El nuevo código en el art. 469 establece que cuando se trate de procesos complejos sea por la pluralidad de imputados o de delitos, se requerirá el acuerdo de todos aquellos *y por todos los cargos que se incrimine a cada uno*, lo que significa alcanzar los objetivos de este proceso especial, pues se podrá abreviar todo el proceso y dictar sentencia.

Sin embargo, la misma ley también establece que se podrán realizar acuerdos parciales solo cuando se trate de delitos conexos y en relación con otros imputados, lo que significará que deberán separarse hechos, calificaciones jurídicas e imputados para posibilitar el acuerdo con el fiscal. En la práctica, será muy difícil culminar con éxito este proceso especial, pues el acuerdo parcial podría perjudicar la investigación integral, conllevar a la declaración de improcedencia del pedido o también podría afectar la posibilidad de la acumulación.

⁽²⁶⁹⁾ Acuerdo Plenario N.º 5-2009/CJ-116, V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 3 de noviembre de 2009, fundamento 16.

7. PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

El Código mantiene el procedimiento de beneficios por colaboración eficaz que ya regula la Ley N.º 27378 para casos de crimen organizado y de corrupción, creado en diciembre de 2000, para los casos vinculados a los sucesos ocurridos en la década del 90. Este ha sido modificado mediante Decreto Legislativo N.º 1301⁽²⁷⁰⁾, de fecha 30 de diciembre de 2016, y precisado mediante Reglamento del citado Decreto Legislativo (Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS) de fecha 30 de marzo de 2017, además de la Ley N.º 30737 de fecha 12 de marzo de 2018, que introduce como beneficiario a la persona jurídica materia de una imputación penal.

El artículo 472.3 enfatiza que el proceso especial de colaboración eficaz es autónomo y puede comprender información de interés para una o varias investigaciones a cargo de otros fiscales. Asimismo, el artículo 472 y siguientes del Código establecen sus objetivos, los ámbitos de aplicación, las diligencias propias de comprobación de la información aportada, los beneficios que se otorgan, el acuerdo, la resolución judicial aprobando o no el acuerdo, así como las medidas de protección al colaborador, agraviado, testigos y peritos que comprende.

De acuerdo con el artículo 475 del Código, la información que proporciona el colaborador debe permitir evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito; disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución; impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva; conocer de las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito o las circunstancias en que se viene planificando o ejecutando; identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla, o detener a uno o varios de sus miembros; hacer entrega de instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades

(270) Decreto Legislativo N.º 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz.

de la organización delictiva; averiguar el paradero o destino de los mismos; o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva.

7.1 Naturaleza jurídica

Se trata de un proceso especial distinto al proceso ordinario, que regula la forma en que la persona imputada de un delito o que sufre condena pueda obtener determinados beneficios a cambio de que brinde información útil, oportuna y eficaz para conocer a la organización delictiva. Entre sus principales objetivos está evitar los efectos de un delito, detener a los principales autores o conocer a otras personas involucradas, y recuperar el dinero mal habido. Siendo manifestación del Derecho Penal Premial, no cabe duda de que este ocupa un lugar de suma trascendencia en el ámbito de los fines de la justicia penal, sobre todo si los medios tradicionales de investigación judicial resultan insuficientes para la lucha contra la criminalidad organizada.

Es un proceso especial autónomo con particularidades propias de inicio, comprobación de la información, acuerdo y control judicial. Responde a fines de oportunidad y búsqueda de elementos probatorios en el esclarecimiento de delitos y autores contra el crimen organizado y según el marco de la transacción penal. De tal manera que el colaborador proporciona información o elementos probatorios, los mismos que son corroborados por la autoridad fiscal con el apoyo de la policía. Si ello resulta oportuno y eficaz, se firma un acuerdo de beneficios a su favor; que debe ser sometido a la aprobación del juez penal.

De acuerdo a las últimas modificatorias a la ley procesal este proceso especial contiene las siguientes fases: a) calificación, b) corroboración, c) celebración del acuerdo, d) acuerdo de beneficios y colaboración, e) control y decisión jurisdiccional y f) revocación.

7.2 Principios que rigen este proceso especial

Entre los principales principios de este proceso, citamos el de *eficacia*, de tal manera que la información proporcionada debe ser

importante y útil para la investigación penal que se realiza, también debe evitar acciones futuras o conocer las circunstancias en que se planificó o ejecutó el delito, o permitir conocer a sus autores, partícipes o los instrumentos o medios utilizados. Si la información no produce tales efectos carece de eficacia. La *oportunidad* de la información también es importante, pues si la misma se aporta tardíamente o ya se conoce través de otros medios de investigación, no produce beneficio alguno.

Mediante el principio de *proporcionalidad* se relaciona el beneficio que se otorga con la información o pruebas que aporta el colaborador. Mediante el principio de *comprobación*, se quiere significar la necesidad de que la información aportada se someta a acciones propias de investigación y corroboración a cargo del fiscal y de la policía especializada. También rigen el principio de *formalidad procesal*, *el control judicial* a fin de que la autoridad jurisdiccional verifique la legalidad del acuerdo y el principio de *revocabilidad* en caso de incumplimiento de las obligaciones que se imponen al colaborador que obtuvo beneficios.

7.3 Características principales

El proceso es dirigido por el fiscal a pedido del solicitante a colaborador. También le corresponde los actos propios de comprobación de la información o pruebas aportadas. La policía especializada apoya la investigación. El imputado, su defensor, la parte agraviada –si es el caso– y el fiscal firman un acuerdo de otorgamiento de beneficios por la colaboración, de modo que se admiten convenios preparatorios. La autoridad judicial aprueba el acuerdo dictando sentencia o dicta auto desaprobatorio del acuerdo. Cabe la impugnación contra lo resuelto por el juez. Todo el procedimiento es reservado.

El proceso de otorgamiento de beneficios por colaboración también puede ser iniciado y dirigido por el fiscal superior si el proceso penal se encuentra en su despacho y en fase intermedia.

7.4 Ámbito de aplicación

El Código establece en qué delitos se aplica el proceso de beneficios por colaboración eficaz (asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, delitos contra la humanidad, trata de personas y sicariato, concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, delitos aduaneros, delitos contra la fe pública y contra el orden migratorio) siempre que el delito sea cometido en concierto por pluralidad de personas, para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia, entre otros que establezca la ley (art. 474.2). En el caso de 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 su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico (art. 475.6).

Conforme a las modificaciones a la ley procesal penal se puede apreciar que el legislador ha ampliado el ámbito de aplicación del presente proceso especial y establece mejores criterios para que la autoridad fiscal y judicial pueda viabilizar este nuevo proceso.

7.5 Beneficios que se otorgan

Los beneficios que establece la ley son: a) exención de pena; b) la disminución de la pena; c) la suspensión de la ejecución de la pena y d) la remisión de la pena que falta para el que viene cumpliendo condena. Tanto en el caso de exención como en el de remisión de pena, se exige que la colaboración permita evitar un delito de especial connotación y gravedad; identificar categóricamente y propiciar la detención de los líderes de especial importancia en la organización delictiva; descubrir 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. El beneficio de disminución de la pena podrá aplicarse acumulativamente con la suspensión de la ejecución de la pena.

En el caso que el acuerdo de beneficios y colaboración sea de pena efectiva, el sentenciado no podrá requerir la aplicación de los beneficios penitenciarios previstos en las leyes de la materia. Asimismo, 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 su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico.

En todos los casos, 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.

Cabe señalar además que es posible –como en la legislación anterior– que se otorguen beneficios de orden procesal, de manera tal que si el imputado se encuentra con mandato de detención se podría modificar por el de comparecencia (art. 473. 6).

7.6 Normas de procedimiento

- a) El colaborador –o su defensor– debe de presentar su solicitud escrita o verbal ante el fiscal competente.
- b) El fiscal dará inicio al proceso y asignará la clave correspondiente al colaborador. También dispondrá las acciones de protección al colaborador, si fuera el caso. Si el imputado estuviere sujeto a proceso penal, las medidas serán dictadas por el juez.
- c) Seguidamente se procederá a la primera entrevista para conocer de la información que proporciona el colaborador y proceder a la *fase de corroboración* de lo dicho. Para esto contará con el apoyo de la policía especializada.
- d) El fiscal podrá solicitar a las autoridades judiciales y fiscales, bajo reserva, copia certificada o informes sobre los procesos penales que se siguen contra el colaborador.
- e) El agraviado debe ser citado al final de la fase de corroboración para conocer de sus pretensiones y puede firmar el acuerdo

de beneficios y colaboración. Puede además proporcionar información y documentación pertinente.

El agraviado como sujeto procesal no participa de las diligencias de corroboración. Su intervención está circunscrita al ámbito de la reparación civil y tendrá legitimación para ofrecer pruebas necesarias para su debida estimación si fuere el caso. La inasistencia del agraviado a las citaciones y su discrepancia del monto de la reparación civil fijada en el Acuerdo no impedirá la continuación del trámite ni la suscripción del Acuerdo. En este caso, el agraviado tiene 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.

- f) Culminada la *fase de corroboración*, el fiscal, si considera que es procedente el otorgamiento de beneficios, elaborará el acta de acuerdo de beneficios y colaboración eficaz, que debe de contener: i) el beneficio acordado; ii) los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión, si hubiere; y iii) las obligaciones a que se sujetan los colaboradores. Ciertamente, comprende no solo la información proporcionada sino también la comprobación que ha realizado el fiscal y la valoración que hace sobre el mismo, resaltando la oportunidad y su eficacia.

Formalmente de conformidad con el artículo 27 del Reglamento, se deben desarrollar los siguientes puntos en el acta de acuerdo de beneficios y colaboración eficaz: i) identificación del colaborador y su abogado defensor; ii) la precisión de si existe una medida de protección o aseguramiento en favor del colaborador; iii) la precisión exacta de los cargos: hechos imputados, delito y su registro (número del caso, órgano judicial o fiscal, estado del proceso); iv) el reconocimiento, admisión o aceptación total y parcial, o no contradicción de los cargos; v) la voluntad expresa del colaborador de someterse a la justicia y colaborar, previa información de los alcances del proceso de colaboración eficaz; vi) la descripción de los hechos objeto de delación; vii) los hechos corroborados y

su mecanismo de corroboración; viii) la utilidad y resultado de la delación; ix) el beneficio acordado y su justificación; x) la aplicación de la reparación civil y su monto; y xi) las obligaciones del colaborador.

- g) El acuerdo es firmado por el fiscal, el colaborador, su defensor y –cuando así lo solicite– por el agraviado. Si el agraviado no está conforme con el monto de reparación civil objeto del acuerdo, podrá suscribir el acuerdo y dejará constancia de su disconformidad.
- h) Toda la documentación es remitida al juez para que se proceda con el control de la legalidad. El juez debe de aprobar o desaprobado el acuerdo. En el caso de aprobación, el juez dictará sentencia; la desaprobación requerirá de un auto.
- i) Lo resuelto por el juzgado puede ser objeto de impugnación.

7.7 Acuerdos

El Código establece que pueden celebrarse acuerdos preliminares o un *convenio preparatorio* entre el colaborador y el fiscal. Se realiza sobre la base de la calidad de la información ofrecida y la naturaleza de los cargos de imputación. No se trata de un acuerdo definitivo y está sujeto a la fase de comprobación.

Cuando se llega a la culminación de los actos de comprobación y el fiscal decide que es procedente el otorgamiento de beneficios, celebrará el acuerdo en diligencia formal y se levantará *acta de acuerdo* con el contenido que establece la ley. El acta será suscrita por las personas intervinientes (art. 27 del Reglamento).

7.8 Control judicial del acuerdo

Constituye el momento procesal por el cual el juez conoce de los términos del acuerdo realizado en sede fiscal y cita a una *audiencia* privada especial con la participación de las partes que suscribieron el acuerdo a fin de conocer directamente sus posiciones, de esta manera se puede interrogar directamente al solicitante (art. 477.3). Este control es de suma

importancia, pues el juez debe de verificar no solo la forma asumida en el proceso de colaboración, sino también el fondo del acuerdo. Así que analizará la importancia de la información aportada, su utilidad para iniciar nuevas investigaciones o fortalecer las ya existentes, y en suma, si se alcanzan los objetivos propuestos por la ley procesal. De allí que pueda rechazar el acuerdo mediante una resolución desaprobatoria.

De acuerdo con la norma procesal y, recibida la documentación cursada por el fiscal, el juez podrá formular observaciones al contenido del acta y a la concesión de beneficios, devolviendo lo actuado al Ministerio Público. Sin observación o complementada el acta de acuerdo, el juez citará a las partes quienes celebraron el acuerdo dentro del décimo día para la realización de la audiencia. Debiendo estar presentes el fiscal, el defensor, el colaborador y el agraviado o procurador si es el caso. El juez verificará que el colaborador conozca los alcances del proceso especial. De dicha diligencia se levantará un acta donde constarán resumidamente sus incidencias.

Si sobre el hecho materia de colaboración no hubiera investigación o ya exista proceso penal en fase de investigación, corresponderá al juez de la investigación preparatoria el control de legalidad. Si el proceso se encontrara en la fase de juzgamiento, corresponderá la dirección de este al juez penal. Ha de recordarse que el proceso de beneficios por colaboración eficaz es distinto al proceso común y puede marchar en paralelo, pues como se mencionó se trata de un proceso especial autónomo.

7.9 Obligaciones del beneficiado

El Código establece el control al que se sujeta el colaborador. Precisa cuáles son las condiciones y obligaciones, e incluso que el control de los mismos se encuentra a cargo del Ministerio Público.

En tal sentido, la concesión del beneficio se encuentra condicionada a que el colaborador no cometa un nuevo delito doloso dentro de los diez años de habersele otorgado el beneficio. El legislador no hace distinción. Se trata de cualquier delito doloso, pero que se determine mediante sentencia firme, lo que exige del colaborador asumir una conducta absolutamente debida durante dicho periodo.

Se establece la obligación de concurrir a toda citación derivada de los hechos materia de acuerdo de colaboración eficaz. Pero existen una serie de obligaciones que se imponen de manera específica o conjunta. Así tenemos a) informar de su cambio de residencia; b) ejercer profesión, oficio u ocupación lícitos; c) reparar los daños causados 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 en el acuerdo; y j) acreditar trabajo o estudio ante las autoridades competentes.

Naturalmente, tales obligaciones se impondrán de acuerdo con la naturaleza y modalidades del hecho punible perpetrado, 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 según personales del beneficiado. Las obligaciones se garantizarán mediante caución o fianza, si las posibilidades económicas del colaborador lo permiten.

7.10 Revocatoria de los beneficios

El beneficio premial otorgado al colaborador puede ser revocado si el beneficiado infringe la condición de comisión de nuevo delito doloso o incumple determinadas reglas impuestas por el legislador. Conforme a lo dispuesto por el código, a pedido del fiscal (y este a pedido del agraviado si fuere el caso) el juez procederá a convocar a una audiencia de revocación con la presencia obligatoria del fiscal y de las partes que suscribieron el acuerdo de colaboración. Después de escuchar a las partes, el juez resolverá si procede o no la revocatoria mediante auto dentro del plazo de cinco días.

La ley establece distintas formas de proceder dependiendo del beneficio concedido. Si fuera un beneficio de exención de pena, el fiscal formulará acusación. El juez dictará auto de enjuiciamiento, fijará día y hora para la celebración de una audiencia pública a fin de

debatir las pruebas ofrecidas y dictará la sentencia que corresponda. Si la revocatoria es por el beneficio de disminución de la pena, el fiscal deberá formular la pretensión de condena correspondiente, según la forma y circunstancias de la comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado. Esto podría interpretarse como la formulación de una acusación, pero ello dependerá de la forma de interpretación que harán los operadores jurídicos, en especial, el fiscal, cuando se produzca esta propuesta de revocatoria, el juez también celebrará una audiencia pública con asistencia de las partes. 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.

Cuando la revocatoria se refiere a la remisión de la pena, el juez penal en la misma resolución que dispone la revocatoria ordenará que el imputado cumpla el extremo de la pena remitida. Finalmente, 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.

8. PROCESO POR FALTAS

La legislación procesal (arts. 482-487) mantiene el procedimiento por faltas para el conocimiento de las infracciones consideradas leves o de menor intensidad. En este proceso no interviene el Ministerio Público; por lo tanto, toda la actividad procesal hasta su culminación se encuentra bajo la dirección y responsabilidad del juez. Este proceso especial tiene la característica de ser “sustancialmente acelerado y con predominio de la concentración procesal”⁽²⁷¹⁾.

8.1 Naturaleza jurídica

Las faltas llamadas también contravenciones son aquellas conductas que el legislador ha considerado como pasibles de sanción penal de menor intensidad y que no ameritan privación de la liber-

⁽²⁷¹⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, volumen II, 2.^a edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 1263 -1383.

tad, si se satisfacen los requisitos que la misma ley establece. Para ello rigen las características propias de la parte general del Código Penal, pero con determinadas peculiaridades. Se trata de un proceso para infracciones menores.

El Código Penal distingue entre faltas contra la persona (arts. 441-443), contra el patrimonio (arts. 444-448), contra las buenas costumbres (arts. 449-450), contra la seguridad pública (art. 451) y contra la tranquilidad pública (art. 425). También ha establecido determinadas disposiciones en relación a las faltas:

- a) En las faltas no es punible la tentativa, salvo caso de lesión dolosa, hurto simple y daño.
- b) En las faltas solo responde el autor.
- c) Solo se imponen penas restrictivas de derechos.
- d) Los días multa será entre diez y ciento ochenta.
- e) La acción penal y la pena prescriben al año.

8.2 Competencia

El proceso por faltas corresponde a la justicia de paz. la ley procesal concede a los jueces de paz letrados la dirección y decisión de los casos y solo excepcionalmente, en los lugares donde no hayan sido designados, corresponderá la responsabilidad a los jueces de paz (art. 482). Si de la indagación previa que pudiera realizarse (art. 483.2) o de lo actuado aparece que los hechos configuran delito perseguible de oficio y no constituyen falta, se remitirá lo actuado al Ministerio Público.

8.3 Normas de procedimiento

- a) El ofendido o querellante presenta su denuncia ante la policía o directamente ante el juez de paz. En este caso, el juez verificará que el hecho constituye falta y que no haya prescrito la acción penal para remitir la denuncia a la policía, siempre que estime necesaria una indagación previa.

- b) Realizada la investigación policial y analizado lo actuado por el juez de paz, dictará auto de citación a juicio si se satisfacen los requisitos ya señalados, además de la existencia de elementos razonables de su comisión y de la vinculación con la persona querellada (art. 483.3).
- c) Si no se satisfacen los requisitos indicados, el juez dictará auto de archivo de lo actuado.
- d) El auto de citación a juicio puede contener la realización inmediata de la audiencia, si las partes en conflicto se encuentran presentes así como los elementos probatorios, o cuando el imputado reconoce haber cometido la falta. En caso contrario, se fijará día y hora para la audiencia (art. 483 incisos 4 y 5).
- e) La audiencia se realizará con la dirección del juez y la participación de las partes y sus abogados. Si el imputado carece de defensor, será asesorado por un abogado de oficio, si lo hubiera. La parte podrá aportar sus pruebas.
- f) Planteados los hechos por el juez y encontrándose presente el agraviado, dicho funcionario judicial promoverá una conciliación y acuerdo de reparación. Si este acuerdo se produce, se homologará y se dará por concluido el proceso.
- g) Si no se produce lo previsto en el apartado anterior, se continuará el proceso. Si el imputado acepta los cargos, se podrá dictar sentencia, la que puede pronunciarse verbalmente y se formalizará por escrito en el plazo de dos días.
- h) Si no admite los cargos, se examinará al imputado, al agraviado y a las pruebas ofrecidas. Seguirá el debate y culminado este se dictará sentencia inmediatamente.
- i) La audiencia se realizará en una sola sesión, pero puede suspenderse por un plazo no mayor de tres días, de oficio o a pedido de parte, cuando sea imprescindible la actuación de un medio probatorio.
- j) La sentencia se dictará después de los alegatos o dentro del tercer día sin más dilación.

8.4 Impugnación

Se establece el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juez de paz, la que se interpondrá dentro de los cinco días de notificada la resolución y lo actuado será elevado *en el día* al juzgado penal unipersonal (art. 486 y 28.5 b).

El juez penal resolverá en el plazo *improrrogable* de diez días teniendo en cuenta lo actuado, salvo que el recurrente pida la realización de una actuación probatoria que sea necesaria (art. 486.2). Igualmente se establece que los defensores deben de presentar sus alegatos por escrito, sin perjuicio de poder informar oralmente ante el juez.

La ley establece que contra esta decisión jurisdiccional no procede recurso alguno.

Cabe señalar que en este proceso especial es posible llegar al desistimiento o la transacción en cualquier estado de la causa, con el efecto inmediato de dar por fenecido el proceso (art. 487). También debe precisarse que la medida de coerción a imponerse es la comparecencia sin restricciones; sin embargo, es posible la conducción compulsiva por la fuerza pública cuando el imputado no se presenta voluntariamente a la audiencia. Incluso se prevé la prisión preventiva del imputado hasta culminar la audiencia (art. 485).

Parte VI

MEDIOS IMPUGNATORIOS



Capítulo Único

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la impugnación posee marco constitucional, pues se sustenta en los principios generales de la tutela jurisdiccional y del debido proceso (art. 139.3), y específicamente, en el principio de instancia plural (art. 139.6); por lo tanto, la existencia del sistema de medios impugnación en la legislación ordinaria, obedece a un imperativo de orden constitucional; además, de las normas previstas en los instrumentos internacionales, en materia de derechos fundamentales, como la Convención Americana de Derechos Humanos que establece como garantía judicial el derecho de “recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior” (art. 8.2.h) y el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5).

Los medios impugnatorios son los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial para provocar su reforma o anulación⁽²⁷²⁾. También son definidos como el conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dictó, ya sea por otro superior, con el

(272) ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, T. III, con otros autores, Bosch, 1994, p. 421.

objeto de evitar errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del Derecho⁽²⁷³⁾. A través de la impugnación se introducen mecanismos de revisión y de control de las resoluciones judiciales⁽²⁷⁴⁾. La existencia de los medios impugnatorios se fundamenta en la *fallibilidad humana*, que se puede materializar en errores o vicios y, a decir del maestro italiano CARNELUTTI⁽²⁷⁵⁾: “El ordenamiento del proceso no puede permanecer indiferente a ese peligro”, por tanto, el sistema nos brinda un correctivo necesario: los medios impugnatorios.

El CPP 2004, bajo el título “La Impugnación”, regula los medios impugnatorios, aquellos actos procesales, de los que pueden hacer uso las partes procesales cuando consideran que la resolución judicial les causa agravio y esperan que se modifique, revoque o anule. El art. I. 4 del Título Preliminar del CPP 2004 establece que “las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.” Consecuentemente, y a diferencia de la legislación anterior, se regula debidamente el *derecho a la impugnación* a través de los recursos que la misma ley prevé a partir del art. 404 del Código.

En nuestro medio es común identificar, medio impugnatorio, recurso, inclusive confundimos recursos con remedios, pese a ser distintos. A pesar de las innumerables clasificaciones que se han propuesto, nos adherimos a la más sencilla y fácil. En tal sentido, los medios impugnatorios son el género que engloba tanto a los remedios y recursos. Siendo los remedios una clase de medios impugnatorios que se dirigen a atacar actos procesales, no comprendidos en una resolución judicial; mientras que los recursos permiten a la parte agraviada solicitar revisión de una decisión contenida en una resolución que aún no adquiere la calidad de firme.

(273) GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 703.

(274) KÍNDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, 2.º edición, Buenos Aires, 2004, p. 285.

(275) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Tomo I, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, p. 260.

El CPP 2004 en el libro referente a la impugnación no distingue los tipos de medios impugnatorios, sino regula genéricamente el tema de los recursos mencionando los siguientes: reposición, apelación, casación y queja (artículo 413). Dentro del libro de impugnación, en la sección VII, el Código regula la acción de revisión que, en estricto, no es un medio impugnatorio, sino, una acción de impugnación, que sirve para objetar sentencias firmes, que han adquirido la calidad de cosa juzgada, es decir, es el ejercicio de una nueva acción que origina un nuevo proceso, solo en casos taxativamente enunciados por la ley.

2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS

2.1 Principio de legalidad

Los recursos deben estar predeterminados por la ley. El Código en su artículo 404.1, prescribe lo siguiente: “Las resoluciones judiciales serán impugnables solo en los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley”. Cuando corresponde interponer un determinado recurso, generalmente no se admite otro (principio de singularidad del recurso).

2.2 Principio de trascendencia

En virtud del cual, solo se puede interponer el recurso, cuando la parte se encuentre legitimada, es decir, aquél que resulte agraviado con la resolución recurrida. El Código establece que para un recurso se requiere: “Que sea presentado por quien resulte agraviado con la resolución, tenga interés directo y se halle legalmente facultado para ello”. Asimismo, establece que el Ministerio Público puede recurrir, inclusive a favor del imputado. (art. 405.1, apartado a), precepto que acentúa la función de defensor de la legalidad del representante del Ministerio Público.

En cuanto al ámbito de los recursos y los legitimados para recurrir tenemos que tanto el imputado como el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente del objeto penal o civil de la resolución, y el actor civil solo podrá impugnar con respecto al objeto civil de la resolución (art. 407).

2.3 Principio dispositivo

Significa que los recursos solo pueden formulados por los sujetos procesales que se encuentren legitimados, en tal sentido, la revisión de la resolución judicial tendrá como límite la pretensión del recurrente. El principio de *congruencia recursal*, constituye una derivación de este principio, en razón del cual, el órgano superior solo se puede pronunciar con respecto a lo que es objeto o materia de impugnación. En ese sentido, el Código establece que el Tribunal revisor tiene competencia para resolver la materia impugnada. En ese punto el código concede, al órgano revisor, la potestad de declarar la nulidad en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante (art. 409.1).

Vinculado al principio dispositivo, encontramos dos instituciones que recoge el Código: la adhesión y el desistimiento⁽²⁷⁶⁾, regulados, en los artículos 404.4 y 406 respectivamente. El primero implica que los sujetos que tengan derecho a recurrir (si en su momento no lo hicieron), podrán adherirse al recurso interpuesto (por cualquiera de los sujetos procesales), antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda. Por su parte, el segundo implica que los que hayan interpuesto el recurso pueden desistirse antes de expedirse la resolución, debiendo expresar sus fundamentos. En el caso que el recurso haya sido interpuesto por el abogado defensor, éste no podrá desistirse sin mandato expreso de su patrocinado. El desistimiento de uno de los recurrentes no afecta a los demás recurrentes o adherentes, pero aquél debe responder por las costas.

2.4 Principio de prohibición de reforma en peor

El principio de prohibición de reforma en peor, se sustenta en razones de justicia y equidad, a favor del imputado. Se encuentra regulada expresamente en el Código de la siguiente manera: “[...] La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite

⁽²⁷⁶⁾ IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *Manual de impugnación y recursos en el nuevo modelo procesal penal*. En: Código Procesal Penal. Manuales operativos, Academia de la Magistratura, Lima, 2007, pp. 81 y ss.

modificación en su perjuicio” (artículo 409.3). De acuerdo con este principio –prohibición de *reformatio in peius*– se prohíbe que el órgano revisor agrave aún más la situación del imputado, cuando éste sea el único recurrente, ya que el fiscal consintió la resolución quedando prohibido reformar para empeorar la situación del imputado. En el caso que impugnen tanto el imputado como el representante del Ministerio Público se puede re-examinar la sentencia en ambos sentidos: a favor o en contra del imputado. Asimismo, cuando el representante del Ministerio Público sea el único recurrente se permite al Juez, revocar o modificar la resolución, aún a favor del imputado.

2.5 Principio de inmediación

Según MONTERO AROCA⁽²⁷⁷⁾, no es idóneo un recurso resuelto solo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia. Una de las novedades código es la vigencia de este principio, pues para resolver, como es el recurso de la apelación contra sentencia, se necesita de una audiencia, en la cual el órgano revisor, tendrá la oportunidad de conocer directamente a los órganos de prueba y sobre esa base, decidir.

3. EFECTOS

Los recursos en materia penal, pueden producir diversos efectos: devolutivo, suspensivo, diferido, y extensivo.

El *efecto devolutivo*, implica que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior (*A quem*), de aquel que dictó la resolución impugnada (*A quo*). Todos los recursos en materia penal poseen este efecto a excepción del recurso de reposición.

El *efecto suspensivo*, significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido. Es el impedir la vigencia del acto del juez *A quem* y por tanto su cumplimiento. El

⁽²⁷⁷⁾ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 180.

artículo 412 regula el efecto no suspensivo de los recursos, señalando que “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente”. También refiere que las impugnaciones contra sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener efecto suspensivo.

El *efecto extensivo*, por su parte alude a que la interposición de un recurso por uno de los procesados, favorece o se extiende a todos los que se encuentran en la misma situación, aún cuando no hayan recurrido; cabe resaltar que solo tendrá este efecto las decisiones que favorezcan al imputado. El artículo 408 del Código regula este efecto y lo extiende al caso del tercero civil ya que regula lo siguiente: a) cuando hayan pluralidad de imputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales; b) la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil; c) la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

El *efecto diferido*, procede cuando hay pluralidad de imputados o de delitos, en caso que se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de otros. En tal supuesto si se presenta una impugnación y es concedida, la remisión de los autos al órgano revisor se producirá, cuando se dicte la sentencia que ponga fin a la instancia, a excepción de aquellos casos en que se ocasione grave perjuicio a alguna de las partes (art. 140). La parte perjudicada puede interponer recurso de queja, en la forma prescrita por ley.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

No obstante que la doctrina ha propuesto diversos criterios de clasificación de los recursos, solo abordaremos clasificación en atención a las formalidades exigidas por la ley, según la cual los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios.

En los recursos ordinarios, para su interposición y consecuente concesión, se requiere básicamente de la fundamentación del mismo, precisando el vicio o error que se ha incurrido al dictar la resolución

impugnada, (ejemplo la apelación). Por el contrario los recursos extraordinarios, son de carácter excepcional, requieren el cumplimiento de un mayor número de requisitos (ejemplo la casación).

5. LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

5.1 Características comunes

El Código exige las siguientes formalidades:

- a. Se interpone por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y legitimidad; por escrito y dentro de los plazos previstos por ley; también se puede interponer oralmente cuando se trata de resoluciones dictadas en una audiencia judicial, (art. 405.1), pero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días (art. 405.2).
- b. El recurso impugnatorio debe de precisar los puntos de la resolución que le afecten o le causen agravio, expresar los fundamentos de hecho y derecho y concluir formulando la pretensión concreta.
- c. El juez se pronunciará sobre la admisión del recurso, notificará a las partes y elevará inmediatamente lo actuado al juez inmediato superior (excepto del recurso de reposición).
- d. El juez que conoce de la impugnación podrá, de oficio, controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio, cuando no se cumplan con los requisitos preestablecidos.
- e. En el caso que el Tribunal revisor advierta errores de derecho que no hayan influido en la parte resolutive de la resolución impugnada, no se anularán y serán corregidas. Procediéndose de igual forma cuando se trate de errores materiales en la denominación o en el cómputo de penas.
- f. Se prevén los siguientes plazos: dos días para la reposición, cinco días para la apelación de sentencia, tres días para la apelación contra autos y para el recurso de queja y diez días para la casación (art. 414).

5.2 El recurso de reposición

Se trata de un recurso no devolutivo, ya que su tramitación y resolución corresponde al órgano judicial que dictó la resolución impugnada. A decir de GIMENO SENDRA⁽²⁷⁸⁾ es un *recurso de reforma*, ordinario, no devolutivo, ni suspensivo que procede contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano jurisdiccional. Se dirige contra los decretos que son decisiones de trámite judicial, con la finalidad de que el juez que lo dictó examine nuevamente el caso y dicte la resolución que corresponda (art. 415.1).

El CPP 2004 diferencia la tramitación de este recurso en función a que si fue presentado en audiencia o no. En el primer caso, será admisible contra todo tipo de resolución, salvo las finales⁽²⁷⁹⁾, debiendo el Juez resolver el recurso en ese mismo acto, sin suspender la audiencia. En el segundo caso, cuando se trate de una decisión que no fue dictada en audiencia, el recurso se interpondrá por escrito, en el plazo de 2 días, que se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución, de ser el caso, si el Juez considera necesario (es una potestad facultativa de él) conferirá traslado por un plazo de 2 días y una vez vencido el plazo resolverá.

Una vez interpuesto el recurso, en el caso que el Juez advierta que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente (irrebatiblemente) inadmisibile, lo declarará así sin más trámite. Por último el auto que resuelve la reposición es inimpugnabile.

⁽²⁷⁸⁾ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 710.

⁽²⁷⁹⁾ Cabe anotar que el Código, en el artículo 415.1, segundo párrafo, prescribe que: "Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición *contra todo tipo de resolución*, salvo las finales, [...]" (énfasis nuestro). La frase subrayada debe ser entendida: contra resoluciones que sean decretos, porque de otro modo se desvirtuaría la finalidad del recurso de reposición. De manera muy excepcional, el Código establece que para determinados autos, procede recurso de reposición, Ej. Arts. 420.4, 421.2 segundo párrafo.

5.3 El recurso de apelación

5.3.1 Concepto, finalidad y ámbito

La apelación constituye uno de los recursos impugnatorios de mayor frecuencia en el proceso penal. ORTELLS RAMOS⁽²⁸⁰⁾ sostiene que se trata del recurso ordinario por antonomasia y que a través de aquél un órgano jurisdiccional de grado superior puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional.

Es un recurso por naturaleza devolutivo, ya que el reexamen o revisión de la resolución impugnada es de competencia del órgano jurisdiccional superior de aquél que lo expidió. Siendo su finalidad la de revisar lo resuelto por la instancia judicial inferior y de esa manera posibilitar un mayor grado de acierto y justicia de la resolución.

Procede contra dos tipos de resoluciones: las sentencias y los autos. El artículo 416 del Código, prevé lo siguiente:

“1. El recurso de apelación procederá contra:

- a. Las sentencias;
- b. Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;
- c. Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;
- d. Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
- e. Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable. [...]”

⁽²⁸⁰⁾ ORTELL RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, citado, p. 353.

5.3.2 Características

1. El plazo para la interposición de la apelación es de cinco días para la apelación contra sentencias; tres días para la apelación contra autos interlocutorios (aquellos que no ponen fin al proceso). El plazo se contará desde el día siguiente de la notificación de la resolución (artículo 414). Cuando el recurso de apelación sea interpuesto oralmente, en audiencia, contra resoluciones finales (Ej. Sobreseimiento, terminación anticipada), se tendrá que formalizar por escrito en el plazo de cinco días (artículo 405.2).
2. La Sala Penal Superior conoce de las resoluciones dictadas por el juez de la investigación preparatoria, juez penal, unipersonal o colegiado (todos los mencionados pertenecen a un mismo nivel jerárquico dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial); mientras que el Juez Penal unipersonal conoce de la apelación contra la sentencia dictada por el Juez de Paz Letrado.
3. La apelación tendrá efectos suspensivos cuando se trate de sentencias, autos que resuelvan sobreseimientos o que pongan fin a la instancia. En el caso que se trate de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, ese extremo se ejecutará provisionalmente. El Tribunal Superior, en cualquier estado del proceso recursal, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá decidir si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse. Esta resolución es inimpugnable (art. 418).
4. La Sala Superior puede anular o revocar, total o parcialmente, la resolución impugnada. Incluso, tratándose de sentencia absolutoria podrá dictar sentencia de condena (art. 419.2). Ello en razón a que, con la nueva regulación se instaura juicio de apelación, donde se permite la actuación de pruebas (sobre eso nos referiremos en adelante).
5. En el caso que la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio pro-

cesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior (artículo 416.2).

5.3.3 Apelación contra autos

El recurso de apelación se interpone ante el Juez que emitió la resolución, quien efectúa un primer control de admisibilidad, luego de ello notifica la decisión a todas las partes, procediendo a elevar los autos al órgano superior (art. 405.3).

Una vez recibos los autos, la Sala Penal Superior, correrá traslado del escrito de fundamentación del recurso a los sujetos procesales, en el plazo de 5 días. Cuando se haya absuelto el traslado o vencido el plazo, el órgano jurisdiccional revisor podrá rechazar de plano el recurso (este representa el segundo control de admisibilidad del recurso). El auto en el cual la Sala declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, conforme a lo señalado. En caso contrario, se fijará día y hora para la audiencia de apelación.

Antes de la notificación del mencionado decreto, los sujetos procesales, pueden presentar pruebas documentales, o solicitar que se agregue a autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Ello se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de 3 días. La Sala, de manera excepcional, podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales (su registro) sin que esto importe la paralización del procedimiento principal. Como se aprecia, en la audiencia de apelación se procede a la actuación de pruebas, circunscribiéndolas a la prueba documental

En la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales, que lo estimen conveniente y no podrá aplazarse por ningún motivo. El desarrollo de la audiencia es el siguiente: se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso; luego tomará la palabra el abogado recurrente y a los demás abogados; el acusado tendrá el derecho a la última palabra. La Sala, en cualquier momento de la audiencia, puede formular preguntas a los intervinientes, solici-

tarles que profundicen su argumentación o se refieran a algún punto concreto de la cuestión debatida. La Sala absolverá el grado en el plazo de 20 días, salvo disposición contraria prevista.

5.3.4 *Apelación contra sentencias*

5.3.4.1 *El juicio de apelación*

El juicio de *apelación* constituye una nueva institución procesal que si evidencia un cambio sustancial en la forma de resolver las impugnaciones que se realicen a la sentencia y que la legislación anterior no contemplaba. La revisión de la sentencia impugnada importa un nuevo juicio oral, con las mismas garantías y principios, pero con determinadas limitaciones en orden a la actividad probatoria. Se entiende que este juicio no debe ser extenso y las reglas del mismo dan la responsabilidad del mismo al tribunal colegiado o Sala Penal Superior.

5.3.4.2 *Admisibilidad, actuación de pruebas, audiencia y sentencia de grado*

El juicio de apelación de la sentencia se encuentra regulado en los artículos 421 al 426 del Código y establece las siguientes reglas que se relacionan con la admisibilidad, actuación de pruebas, audiencia pública y la sentencia de segunda instancia:

- a. La Sala Penal Superior competente es la encargada de dirigir este procedimiento de apelación. Comunica a las partes del recurso de apelación, con la absolución o vencido el plazo admite o declara inadmisibile de plano el recurso. En este segundo caso, el auto que lo declara podrá ser objeto de recurso de reposición. Admitida la apelación, la Sala comunicará a las partes que pueden ofrecer sus pruebas.
- b. Las partes harán su ofrecimiento de pruebas por escrito debiendo indicar el aporte que espera con dicha prueba, bajo sanción de inadmisibilidad. Solo se admitirá: i) la prueba que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; ii) las pruebas que fueron indebidamente

- denegadas y hubiere formulado reserva; iii) las pruebas que fueron admitidas pero no pudieron actuarse por causas ajenas a la parte. Los medios probatorios deben estar referidos a la impugnación de la culpabilidad o inocencia del imputado; a la determinación de la sanción; o a la reparación civil; en este último caso, rigen los límites del art. 374 del CPC 2004.
- c. Se establece que serán citados los testigos –también agraviados– que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala, por exigencia de los principios de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia (art. 422.5).
 - d. La Sala decidirá la admisión de las pruebas teniendo como marco normativo lo dispuesto para las pruebas en la misma ley procesal (art. 155). Se establece que dicha resolución es inimpugnable. Citará a una audiencia de apelación, notificando a las partes, a los acusados si fueran varios; incluso a los testigos y agraviados, si lo considera necesario o las partes lo piden.
 - e. La audiencia se realizará con obligatoria asistencia del fiscal y del imputado apelante; también de los demás acusados si el apelante fue el fiscal. Si el fiscal o el acusado impugnante no concurre a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso interpuesto. Lo que evidencia una sanción al recurrente que no presta interés procesal en su impugnación que, en el caso del Ministerio Público resulta de singular irregularidad. Resulta claro que la parte recurrente es la que debe de concurrir a dicha audiencia.
 - f. En la audiencia se seguirán las reglas del juicio oral en lo que sea compatible; se dará cuenta de la sentencia y de la impugnación; las partes podrán ratificarse de la apelación o desistirse total o parcialmente de la misma; se actuarán las pruebas admitidas (declaración de testigos, peritos); se examinará al imputado de manera obligatoria si se trata de una impugnación sobre su responsabilidad, pero puede abstenerse a declarar; se podrán examinar a los testigos o agraviados, también al perito o dar lectura

- al dictamen pericial o prueba documental admitida. También se posibilita la actuación de pruebas de oficio (art. 424.4).
- g. Culminada la actuación de pruebas, las partes harán sus alegatos debiendo iniciarlo el recurrente; el acusado siempre podrá hacer uso del derecho a la última palabra, es decir, en su caso, será el último que exponga ante la Sala.
 - h. Seguidamente se suspenderá la audiencia para proceder a la deliberación y expedición de la sentencia, bajo las reglas ya expresadas, la misma que tendrá un plazo máximo de diez días. La sentencia se decide por unanimidad o por mayoría. Hay que señalar que la Sala valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, incluso la que cuestione la prueba actuada en la fase anterior. De acuerdo con la nueva ley procesal, la Sala puede: i) resolver la nulidad, en todo o en parte de la sentencia apelada, remitiendo al juez lo actuado para la subsanación del caso; ii) confirmar o revocar la sentencia apelada, incluso, si la sentencia es absolutoria, puede dictar una de condena imponiendo pena y reparación civil, decisión que puede ser opinable pero perfectamente viable en el nuevo contexto de la ley procesal; también la Sala puede referir un fundamento distinto para absolver; si la sentencia es condenatoria puede dictar la absolución, o referir un fundamento distinto; iii) también puede modificar la pena, asimismo, imponer, modificar o excluir penas accesorias o medidas de seguridad (art. 425.3). La ley procesal establece que si se declara la nulidad de la sentencia condenatoria a instancia del imputado, en el nuevo juicio oral no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primer juicio (art. 426.2). Como se podrá observar, las facultades de la Sala Superior de apelación son amplias, pero además, permite una revisión de lo actuado en el juicio de primera instancia bajo los mismos principios de contradicción, oralidad e inmediación.
 - i. La sentencia de segunda instancia se pronuncia siempre en audiencia pública; se notificará a las partes y se llevará a cabo con las que asistan pues no cabe el aplazamiento por ningún motivo (art. 425.4).

- j. Contra la sentencia de apelación solo procede el pedido de aclaración, corrección y el recurso de casación.
- k. Leída y notificada la sentencia, se remite lo actuado al Juez que corresponda para la ejecución del fallo.

Por la importancia del tema, estimamos conveniente mencionar el desarrollo que ha tenido este tema. Como ya lo hemos señalado, la norma que rige la valoración de la prueba testimonial en segunda instancia es el artículo 425, inciso 2, el cual prescribe lo siguiente: “La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. (resaltado nuestro). Ahora bien, nuestra Corte Suprema, en la Casación N.º 05-2007-Huaura, ha establecido que en materia de valoración de prueba personal, el Juez revisor, en virtud a los principios de intermediación y oralidad, no está autorizado a variar la conclusión o valoración dada por el Juez de primera instancia, lo cual reduce el criterio fiscalizador del Juez de apelación, pero no lo elimina.

La aludida Casación distingue entre zonas opacas y zonas abiertas, en las primeras, los datos expresados por los testigos, estrechamente ligados a la intermediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc.) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados; mientras que en las zonas abiertas existe posibilidad control: “Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador, de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos”; finalmente, la antes mencionada Casación, puntualiza que, en materia de prueba personal, el Juez revisor está autorizado para apreciar –en cuanto sea motivo de impugnación–: “(...) la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, en suma (...); si el relato incriminado era atendible en función

a las reglas de experiencia, si éste era suficiente, a partir del conjunto de la prueba apreciada por el A Quo; si el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia era en sí mismo sólido y completo”.

En otro pronunciamiento, Casación N.º 03-2007-Huaura, la Corte Suprema reiteró que el contenido de la prueba personal, en segunda instancia, puede ser merituada por el Juzgado de mérito, siempre que ésta haya sido entendida con manifiesta error, sea imprecisa, dubitativa, o haya podido ser desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia. Es decir, bajo la plena vigencia del principio de inmediación, el Juzgador de segunda instancia no puede otorgar distinto valor a la prueba personal que no haya sido cuestionada con otros medios de prueba actuados en segunda instancia; sin embargo, mediante jurisprudencia, como la reseñada (entre otras), se ha establecido que: “(...) excepcionalmente, la prueba personal sí es susceptible de valoración por el Tribunal de mérito, siempre que la valoración realizada por el Juzgador de instancia infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, además de las garantías exigidas por el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 –[ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación]–; precisándose que el Juzgador de mérito podrá valorar y/o controlar la prueba personal en aquellas zonas abiertas de su declaración, (...), además de otorgarle un diferente valor probatorio en la sentencia de vista, situaciones que en ningún modo infringe alguna garantía constitucional”⁽²⁸¹⁾.

Respecto a lo último, resulta interesante, resaltar el hecho de que la prueba personal, en segunda instancia, también puede ser susceptible de valoración, cuando el juzgador infrinja las garantías exigidas por el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116. Al respecto, debemos recordar que en dicho Acuerdo Plenario, en estricto, se regulan criterios racionales de veracidad o garantías de certeza que deben rodear a las declaraciones testimoniales de coimputados y de los agraviados –casos particularmente sensibles por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso–, a efectos que puedan ser consi-

(281) Casación N.º 636-2014- Arequipa, de 3 de febrero de 2016, fundamento jurídico 2.4.9.

deradas como pruebas de cargo para fundamentar la incriminación del imputado; estos criterios o garantías exigidas se erigen como verdaderos estándares de prueba que permiten que el control de racionalidad, en segunda instancia sea, mucho más seguro y predecible⁽²⁸²⁾.

Como punto final, respecto a la valoración de la prueba en segunda instancia, también es importante anotar el criterio esgrimido en la Casación N.º 636-2014-Arequipa, en virtud de la cual, una sentencia de segunda instancia que otorgue diferente valor probatorio a la prueba personal, sustentando un fallo absolutorio, no infringe el principio de inmediación, en el caso que otorgue un valor diferente a la prueba documental y pericial⁽²⁸³⁾.

5.4 El recurso de casación

5.4.1 Concepto y funciones

La casación en materia penal constituye una de las instituciones procesales de mayor arraigo en la doctrina, que permite la formación de la jurisprudencia suprema. Para CLAUS ROXIN la casación es un recurso limitado, permite el *control in iure*, lo que significa que “la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se

(282) ALCACER GUIRAO, Rafael. El derecho a una segunda instancia con todas las garantías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 92.

(283) En los términos de la Casación mencionada: “(...) Al respecto, cabe precisar que si bien la sentencia de segunda instancia otorgó un valor probatorio diferente a la prueba personal, sustentando así su fallo absolutorio; no obstante, se advierte que dicho valor probatorio no infringe el principio de inmediación, toda vez que también se otorgó un valor diferente a la prueba documental (acta de intervención policial) y prueba pericial (pericia grafotécnica), situación que permite una mejor comprensión de los hechos litigiosos, más aún si la nueva valoración otorgada coincide en la desvinculación de la acusada respecto de los hechos imputados; además, si bien la sentencia de mérito no señaló ni precisó cuáles son las ‘zonas abiertas’, las *contravenciones a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, que permitirían una valoración de la prueba personal sin infringir el principio de inmediación; sin embargo, ello no es suficiente para desacreditar la valoración realizada por el juzgador de segunda instancia, toda vez que también meritó pruebas de otra naturaleza (prueba documental y pericial) para sustentar su decisión.*” (Fundamento Jurídico 2.5.6)

investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal”⁽²⁸⁴⁾.

También ha sido definida la casación como el medio de impugnación *extraordinario*, con efectos devolutivos y a veces suspensivo y extensivo, mediante el cual se somete al Tribunal Supremo el conocimiento, a través de unos motivos tasados, de determinadas Sentencias y Autos definitivos dictados por órganos colegiados con el fin de lograr la anulación de la resolución recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de Derecho material o procesal, aplicables al caso⁽²⁸⁵⁾.

La Sala Penal Permanente, en la Casación N.º 113-2013/Arequipa ha precisado que: “(...) en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de casación, como medio de impugnación, es de carácter especial y extraordinario; un recurso singular que permite acceder a la Sala Penal de la Corte Suprema con cognición especial; sobre los vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial (...). En ese sentido la casación tiene las siguientes finalidades. 1. Función nomofilática orientada a la adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo al caso concreto. 2. Función Unificadora, orientada a la unificación o uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (...). 3. Y, la función dikelógica, a buscar la justicia en el caso concreto, en tanto, que la justicia es la razón de ser de la actividad jurisdiccional (...)”.

5.4.2 *Procedencia ordinaria*

La ley procesal introduce la casación penal bajo determinadas reglas de procedimiento, precisando en primer orden que, ordinariamente, procede contra: 1) las sentencias definitivas; 2) los autos de sobreseimiento y 3) los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación,

⁽²⁸⁴⁾ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 1ª edición en castellano, Buenos Aires, 2000, p. 466.

⁽²⁸⁵⁾ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal penal*, citado, p. 745.

reserva o suspensión de la pena, dictadas en apelación por las Salas Superiores (art. 427.1).

En los casos indicados anteriormente, se tiene que tener en cuenta la exigencia de determinado *quantum punitivo* previsto en la norma penal para su procedencia; así, se requiere que el auto que ponga fin al procedimiento se refiera a un delito cuyo extremo mínimo de la pena prevista en la ley sea superior a seis años; o la sentencia dictada sea por delito que tenga señalada en la ley en su extremo mínimo pena superior a seis años; en ambos casos se trata de la pena conminada que establece el código penal para el delito y no la pena que se haya impuesto o solicitada en la acusación escrita (si fuera este último caso).

En tal sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema ha declarado la *inadmisibile objetiva* del recurso de casación debido a que el delito materia de proceso penal-hurto agravado, se encuentra sancionado con pena inferior a seis años en su extremo mínimo, lo que impide apreciar los demás supuestos de admisibilidad formales y subjetivas⁽²⁸⁶⁾.

También se considera la procedencia de la casación cuando se trate de sentencias que imponga la medida de seguridad de internación; o cuando el monto de la reparación civil fijada en primera o segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal; o el objeto no pueda ser valorado económicamente (art. 427.2, 3).

5.4.3 Procedencia excepcional

Excepcionalmente la Corte Suprema podrá declarar la procedencia del recurso de casación en casos distintos a los señalados cuando, la Sala Penal *discrecionalmente* lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (art. 427.4). En estos casos, cuando se invoque este supuesto excepcional, el recurrente, además de las causales que se prevén, deberá explicar puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende (art. 427.4, 430.3). Así se ha expresado la Sala penal Suprema cuando sostiene

⁽²⁸⁶⁾ Auto Casatorio N° 04-2007, Huaura, de fecha 14 de agosto del 2007.

que si bien el Código permite que “excepcionalmente pueda aceptarse el recurso de casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende”⁽²⁸⁷⁾.

Ahora bien, en reciente jurisprudencia Casación N.º 528-2018/Lima (reiterando lo ya afirmado en la [Queja NCPP N.º 66-2009-La Libertad]), la Corte Suprema ha manifestado que existen dos grandes supuestos que justifican la existencia de desarrollo de doctrina jurisprudencial: “i) La primera es la necesidad de unificar interpretaciones contradictorias; la afirmación de la inexistencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial, frente a decisiones contrapuestas emitidas por tribunales inferiores; y, la definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada o modificada, pero de especiales connotaciones jurídicas. ii) La segunda es la obtención de una interpretación correcta de normas específicas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. A ello hay que agregar que esta interpretación sea de un interés general y no sólo de las partes. Cabe resaltar que estos supuestos son meramente enunciativos y no vinculantes, pues podría existir algún otro supuesto no mencionado, pero que podría ser alegado como justificación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial”.

5.4.4 Inadmisibilidad y causales o motivos de casación

La Sala Suprema declarará la inadmisibilidad de la casación cuando no se satisfacen los requisitos formales que establecen los arts. 405 y 429 de la ley procesal; cuando se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en la ley; cuando se refiere a resoluciones no impugnables en casación; cuando el recurrente hubiere consentido

⁽²⁸⁷⁾ Auto Casatorio N° 06-2007, Huaura, de 24 de octubre del 2007. En este auto se precisa que el recurrente no sólo no ha especificado el porqué la Sala Suprema debe de conocer de dicho recurso, sino que el mismo carece de interés casacional. También el auto casatorio 07-2007, Huaura, de 14 de septiembre del 2007.

previamente la resolución adversa de primera instancia; cuando carezca manifiestamente de fundamento (art. 428).

Por otro lado, el Código, en su art. 429, establece determinadas *causales* para interponer casación, las cuales son las siguientes:

- i. Si la resolución ha sido expedida con inobservancia de garantías constitucionales de naturaleza procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
- ii. Si la resolución incurre o deriva de una inobservancia de las normas procesales sancionadas con nulidad.
- iii. Si la resolución importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- iv. Si la resolución ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. Esta causal, es muy debatida en doctrina, ya que podría suponer una excusa para revisar el fondo del asunto; sin embargo, la Corte Suprema, en la Casación 482-2016/Cusco, ha precisado lo que se debe realizar al analizar éste motivo, a efectos de delimitar la revisión del Tribunal de Casación al *juicio sobre el juicio*⁽²⁸⁸⁾.

⁽²⁸⁸⁾ **“Quinto.** Que la falta de motivación está referida no solo: 1. A la ausencia absoluta de análisis, probatorio y jurídico penal, en la resolución judicial, esto es, a la carencia formal de un elemento estructural de la resolución –motivación inexistente– (muy excepcional, por cierto). También está relacionada 2. A la motivación incompleta o insuficiente, que comprende la falta de examen respecto de (i) aspectos centrales o trascendentes del objeto del debate –puntos relevantes objeto de acusación y defensa, esto es, pretensiones en sentido propio y no meras alegaciones que apoyen una pretensión (STSE de quince de marzo de dos mil doce)–; (ii) de pruebas esenciales o decisivas para su definición y entidad –sin las cuales pierde sentido la actividad probatoria, y las postulaciones y alegaciones de las partes procesales–, (iii) de la calificación de los hechos en el tipo legal –tipicidad– y de las demás categorías del delito relevantes, de la intervención delictiva, de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad en caso de haber concurrido, y (iv) de la medición de la pena y fijación de la reparación civil cuando correspondiera. Asimismo, está concernida 3. A la motivación aparente, que es aquella que incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o que

- v. Si la resolución se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o Tribunal Constitucional.

Para efecto de su admisibilidad, el recurrente debe de cumplir con: a) los requisitos formales que prevé la ley en el art. 405; b) debe invocar la causal invocada por separado; c) debe señalar de manera concreta los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados; d) sus fundamentos legales y doctrinales; y e) expresará específicamente cual es la aplicación que pretende.

introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto que no explique la causa de su convicción. Este apartado, sin duda, igualmente, comprende 4. Aquellas sentencias que dan lugar a una imposibilidad de subsunción por inexistencia de la premisa mayor. Esto es así (i) cuando el detalle de los hechos y sus circunstancias, gramaticalmente, resulte incomprensible; (ii) cuando por la omisión de datos o circunstancias importantes, esto es, extremos capitales o fundamentales del relato fáctico—según el objeto del debate—, no es posible conocer la verdad de lo acontecido, qué fue lo que sucedió; y, (iii) cuando el detalle de los hechos se describa en términos dubitativos o ambiguos. Sobre el particular, es posible sostener, al amparo de la jurisprudencia española, que tal ilicitud se producirá cuando "...en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considera probado" (STSE de cinco de febrero de dos mil catorce).

Sexto. Que la motivación ilógica está conectada con la valoración de las pruebas lícitamente incorporadas al proceso (artículo 393, numeral 1, del Código Procesal Penal); sólo estas se pueden utilizar como fundamento de la decisión. La valoración probatoria exige el respeto de las reglas de la lógica—se incluye, las máximas de la experiencia y las leyes científicas— (artículo 393, numeral 2, del citado Código). La razonabilidad del juicio del juez descansa, ya no en la interpretación (acto de traslación) de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión probatoria—que es el dato precisado de acreditar— debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos. Si se escoge una regla lógica, una máxima de la experiencia o una ley científica equivocada o impertinente, es decir, que no corresponde—incluso si no se incorpora una de esas reglas—; si se escoge una de éstas demasiado genérica o amplia para definir el caso concreto; o si se la aplica incorrecta o equivocadamente; en estos casos, la inferencia resultante será equivocada. Se requiere que el análisis que proyecta el juicio de inferencia en función a las pruebas—datos objetivos acreditados— excluya la arbitrariedad como consecuencia de la vulneración de las reglas del criterio humano."

Entonces, el recurso de casación debe de plantear no solo la indebida interpretación o aplicación de las normas sino proponer la forma debida y correcta de la aplicación de la ley. Se presenta ante la Sala Penal Superior, la que puede declarar su inadmisibilidad; en caso de conceder el recurso notificará a todas las partes emplazándolas para que comparezcan ante la Sala Suprema, estableciéndose que para en caso de distritos judiciales fuera de la ciudad de Lima, deben de fijar domicilio procesal dentro del décimo día de notificados, ello permitirá a la Corte Suprema cumplir con el traslado del recurso a las partes (art. 430.4,5).

La Corte Suprema mediante auto decidirá si el recurso está *Bien Concedido* y si procede conocer el fondo del asunto. En tal sentido expedirá el auto de calificación del recurso de casación dentro del plazo de veinte días (art. 430. 6). Si la Sala Suprema concede el recurso, es decir, admite conoce el fondo del mismo; señalará día y hora para la *Audiencia de Casación* con citación de las partes estableciéndose, como sanción procesal, que de no concurrir la parte que interpuso el recurso se resolverá inadmisibile el mismo (art. 431.2). Instalada la audiencia se escuchará a las partes, primero a aquella que ha recurrido y luego a la otra parte, incluso se escuchará al imputado, si asiste, luego de lo cual se suspende a fin de que la Sala resuelva dictando *Sentencia de Casación* en el plazo de veinte días, requiriéndose cuatro votos conformes.

5.4.5 Sentencia de casación y efectos

Conforme a la ley procesal, la Sala Suprema Penal tendrá competencia solo en cuanto a las causales preestablecidas expresamente invocadas por el peticionario, sin embargo, puede emitir pronunciamiento sobre cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado del proceso. Asimismo, su competencia se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución cuestionada y como señala la ley “está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos” (art. 432.2)⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁹⁾ Además se señala que los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria (art. 432.3).

Si la Sala Penal Suprema declara Fundado el recurso de casación, declarará la nulidad de la sentencia o auto, y podrá decidir el caso o disponer el reenvío del proceso. En el primer supuesto, se pronunciará sobre el fondo del asunto dictando el fallo que reemplazará al impugnado; en el segundo supuesto, de nulidad y reenvío, indicará el órgano jurisdiccional inferior competente y el acto procesal que deba renovarse. Al margen de lo expuesto, también puede, de oficio o a pedido del Ministerio Público, decidir que el fallo tenga naturaleza de *doctrina jurisprudencial vinculante* a otros órganos jurisdiccionales inferiores (art. 433.3), posibilitándose la realización de un *Pleno Casatorio* en el caso de que existiera otra sala penal.

Los efectos más importantes de una sentencia de casación son: a) la anulación de la sentencia o auto podrá ser total o parcial; b) si alguna de las disposiciones de la resolución impugnada no fue anulada, tendrá naturaleza de cosa juzgada; y c) si el fallo afecta el estado de detención del imputado, se ordenará por Tribunal Supremo, la libertad de aquel.

Es del caso señalar que contra lo resuelto por la Sala Suprema Penal en sentencia casatoria no es susceptible de recurso impugnatorio alguno (salvo caso de revisión). También se establece en la ley que no será impugnabile la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria; si lo será si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria (art. 436).

5.5 El Recurso de Queja de Derecho

La queja constituye un recurso extraordinario que busca alcanzar la admisibilidad de una impugnación denegada por la instancia anterior. Se busca que el juez superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad decidida por el inferior se ha ajustado o no a derecho⁽²⁹⁰⁾.

Este recurso tiene una naturaleza excepcional, recurrente de la negativa del órgano jurisdiccional para admitir una impugnación. Se trata de una vía procesal indirecta para lograr se conceda la impugnación deducida y negada.

⁽²⁹⁰⁾ Véase SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Edit. Grijley, Lima, 1999, p. 767.

Se le llama queja de derecho y de acuerdo con la ley procede en distintos dos casos: a) cuando el juez declara inadmisibile un recurso de apelación; y b) cuando la Sala Superior declara inadmisibile un recurso de casación.

Además de ello, se establece que la queja por *denegatoria del recurso de apelación o casación*, se presenta ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso sustentando jurídicamente su pedido con invocación de la norma vulnerada y acompañando la documentación necesaria (resolución recurrida, escrito en que se recurre y resolución denegatoria) y que su interposición no suspende la tramitación del proceso principal ni la eficacia de la resolución cuestionada (art. 437). En esencia, el juez de instancia superior revisa la resolución que deniega la impugnación deducida ante el *a-quo*.

El plazo para su interposición es de tres días y en concordancia con lo dispuesto por el art. 403 del CPC, tratándose de Distritos Judiciales distintos a Lima y Callao, el recurrente puede pedir al juez que denegó el recurso que, dentro del plazo remita lo actuado por conducto oficial, debiéndose formar el cuaderno y proceder a la remisión, bajo responsabilidad. El órgano jurisdiccional decidirá su admisibilidad y podrá, previamente, pedir al juez copia de alguna actuación procesal.

Si queja de derecho es declarada fundada, se concederá el recurso que fuera denegado y se ordenará al juez remita el expediente o ejecute lo que corresponda, notificándose a las partes. Si la queja es declarada Infundada, se notifica al Fiscal y a las demás partes (art. 438).

6. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA (ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN)

6.1 Concepto

No se trata de un recurso sino de una *acción* que se dirige ante el órgano jurisdiccional Supremo a fin de demandar un nuevo análisis del caso penal, pese a la existencia de sentencia firme, por existir una causal de suma importancia que demostraría la inocencia de la persona condenada por un delito. Constituye el caso “más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta.

Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente de manera insoportable para la idea de la justicia⁽²⁹¹⁾.

Ha sido conceptualizada como una acción de impugnación autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una Sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre dicha resolución judicial, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal⁽²⁹²⁾.

La revisión busca eliminar el error judicial que se pueda haber producido en contra del imputado de acuerdo con los presupuestos establecidos en la ley; en consecuencia, no se trata de analizar nuevamente las pruebas que sirvieron de base para la construcción de la sentencia, sino del análisis de la nueva prueba presentada y no conocida anteriormente.

Según la Sentencia Plenaria de las Salas Penales Permanente y Transitoria N.º 1-2015/301-A.2.ACPP, fecha 05 de mayo de 2015, en cuanto a ésta institución, ha sostenido: “La revisión –en tanto medio de rescisión de sentencias firmes– no se ampara en la mera existencia de nulidades procesales en la sentencia o en el procedimiento que la precedió. No se basa en el examen de errores en el juzgamiento o en la valoración de la prueba, menos aún el errores *in iudicando*. Su fundamento reside la necesidad de consolidar y preservar derechos y principios tales como la defensa, presunción de inocencia y tutela jurisdiccional. Es decir se reconoce el valor de la justicia material –que deriva de la verdad histórica de los hechos y la rectitud del juzgamiento– por encima del carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, para permitir la impugnación de una sentencia firme, eliminar su eficacia y permitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal²⁹. La misma Sentencia Plenaria, expresa que la revisión implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a

(291) ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 492.

(292) Gimeno Sendra, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 769.

que prevalezca, sobre la sentencia firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la forma.

El legislador del Código del 2004 solo ha contemplado la revisión de las sentencias condenatorias, pero hubiera sido también importante que se ocupara de los casos donde se dictan sentencias absolutorias existiendo de por medio amenazas o comisión de delito por la autoridad que dictó la sentencia.

6.2 Supuestos de aplicación

Conforme a la lógica que imprime el nuevo proceso penal, la acción de revisión procede solo a favor del condenado y de manera taxativa se establecen los siguientes casos:

- i. Cuando después de dictada la sentencia de condena, se dicta otra igual de condenatoria o imponiendo medida de seguridad, por el mismo delito, pero a persona distinta a la primera, *no pudiendo conciliarse* ambas sentencias. Lo que exige, en virtud del principio de inocencia, su nuevo análisis judicial.
- ii. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada. Lo que resulta hasta lógico si se tiene en cuenta que no puede haber dos sentencias en contra de un mismo procesado por los mismos hechos; al respecto César Sán Martín Castro⁽²⁹³⁾, menciona que los requisitos para éste motivo son: a) Que no es necesario que la segunda sentencia sea de condena, pero debe ser irrevocable y, obviamente, referida a una imputación de delito; b) Que lo que cuenta entre las dos sentencias, digamos la primera y la segunda, no es la correlación en el tiempo, sino la imposibilidad de hacer que coexistan las dos sentencias que tiene por fundamento determinados hechos inconciliables entre sí; y c)

⁽²⁹³⁾ Al comentar el art. 361.4 Código de procedimientos penales, causal de procedencia equivalente al contenido en el art. 439.2. San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, Tercera Edición, Grijley, Lima, 2014, p. 911.

que es suficiente que la inconcialibilidad se presente entre la reconstrucción de los hechos sentados en una sentencia y la reconstrucción de los hechos fijados en la otra sentencia: la una no puede estar en presencia de la otra. Como podemos apreciar, esta causal se centra en la irreconciliabilidad entre los hechos que fundan las dos sentencias; no en cuanto, a la calificación jurídica que el Juzgador ha realizado de tales hechos.

- iii. Cuando se demuestre que una prueba considerada decisiva para la sentencia, carece de valor probatorio por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación. Ello exige el ofrecimiento de la prueba que desvirtúa la anterior de manera indubitable.
- iv. Cuando con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba no conocidos durante el juicio y que permitan establecer la inocencia del condenado. Esta causal exige conocer de nuevas pruebas sobre la inocencia del condenado; debe tratarse de pruebas no conocidas con anterioridad y, por lo tanto, no apreciadas por el tribunal juzgador; lo que impide revisar aquellas mismas pruebas que sustentan la sentencia. Es de entender que las nuevas pruebas deben sustentar el fallo equivocado en perjuicio del condenado, no admitiéndose cualquier prueba, sino aquellas que generen convicción de inocencia; por su parte, SAN MARTÍN CASTRO, citando a Giovanni LEONE, sostiene "(...) es de decir que no hay ninguna diferencia entre 'hechos nuevos' y 'nuevos elementos de prueba' y que, en todo caso, lo que es necesario es que hayan surgido nuevos elementos de valoración cualquiera que sea la fuente de donde provengan"⁽²⁹⁴⁾.
- v. Cuando se demuestre mediante resolución firme que la sentencia fue determinada exclusivamente por delito incurrido por el Juez o existió contra su persona o familia una grave amenaza y siempre que en los hechos no haya intervenido el

⁽²⁹⁴⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, 3.^a edición, Grijley, Lima, 2014, p. 910.

condenado. Supuesto este de suma importancia pues se tiene en cuenta las posibilidades actuales de influir en los fallos judiciales, sobre todo en los casos de crimen organizado. Se busca corregir no un error sino una decisión judicial anómala, irregular, viciada que perjudica a una persona inocente, debiéndose probar tal circunstancia además de acreditar también la actividad delictiva del juez o la *grave amenaza* existente en su contar o contra su familia.

- vi. Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema. Lo que no hace sino reafirmar el principio de legalidad penal y procesal, además, en éstos casos, entendemos que la autoridad judicial que impuso la condena debiera actuar de oficio o bajo la iniciativa del Ministerio Público.

6.3 Interposición, trámite y sentencia

La acción se interpone por el Fiscal Supremo Penal y por el condenado. También los familiares de éste último en su representación. La demanda se presenta ante la Sala Penal de la Corte Suprema con requisitos preestablecidos (art. 441). La demanda debe de contener lo siguiente:

- a. La determinación precisa de la sentencia que se pide revisar con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó.
- b. La causal que se invoca –prevista en el artículo 439– y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales que fueran pertinentes.
- c. La indemnización que pretende el demandante, con indicación precisa del monto. La misma ley señala que ello es potestativo.
- d. Se acompañará a la demanda copia de la documentación pertinente: sentencias, prueba documental o indicación del lugar donde se encuentre archivada; otros medios de prueba que acrediten sus afirmaciones.

- e. La Sala Suprema podrá otorgar un plazo determinado al demandante a fin de que complete los requisitos que faltan.

Si se admite la demanda, la Sala solicitará el expediente que motiva la revisión y la prueba documental que señala el demandante, quien además puede ofrecer medios de prueba; se actuarán las pruebas con intervención de las partes por el vocal supremo designado, y se fijará fecha para la realización de una *Audiencia de Revisión*, la que se realiza con asistencia de las partes. Se establece –al igual que en los casos anteriores– que si no se presenta el demandante se declarará inadmisibile la demanda.

Concluida la audiencia, la Sala quedará expedita para dictar sentencia en el plazo de veinte días en sesión pública. Si resulta *fundada* la causal invocada, declarará sin valor la sentencia que la originó pronunciando directamente sentencia absolutoria o remitirá lo actuado al órgano jurisdiccional competente para un nuevo juicio. Si declara *infundada* la demanda el interesado podrá iniciar una acción nueva pero por causal distinta a la resuelta.

La ley procesal reconoce a la Sala Suprema facultades de suma importancia en atención a la demanda de revisión pues puede tomar decisiones inmediatas sobre la pena privativa de la libertad u otras medidas que afectan otros derechos del imputado. La acción de revisión puede tener efectos inmediatos a su interposición pues si bien cierto no suspende la ejecución de la sentencia, si es posible que en cualquier momento del procedimiento, la Sala pueda suspender la ejecución de la sentencia impugnada y disponer, incluso, la libertad del imputado o una medida coercitiva alternativa, lo que evidencia que con lo actuado ya se estaría definiendo la situación final del imputado, lo que además resulta válido si los elementos probatorios resultan evidentes sobre su inocencia.

Parte VII

COOPERACIÓN
JUDICIAL INTERNACIONAL



Capítulo Único

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

La cooperación judicial internacional es, en la actualidad, una de las instituciones jurídicas de especial importancia en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. No solo une a los Estados en asuntos protocolares y de ayuda jurídica tradicional, sino que en los últimos años y, a través de los convenios bilaterales y multilaterales, se ha convertido en el mejor instrumento de lucha contra la corrupción, lavado de activos y otras formas de criminalidad.

Naturalmente, el Perú no es ajeno a ello y con ocasión de las investigaciones relacionadas al caso “Lava Jato” en el Brasil, con repercusiones casi en todo América, las relaciones de cooperación se han ampliado y reafirmado. Tanto es así que las diversas investigaciones en nuestro país sobre los delitos incurridos se han fortalecido y el sistema fiscal de trabajo es considerado desde hace algún tiempo, como el mejor después de Brasil, por lo que se ha convertido en el referente en Latinoamérica. Ello obedece a distintos factores; el primero, la comunicación directa entre las principales autoridades de los ministerios públicos y una sola línea de pensamiento común de lucha contra el crimen; segundo, la suscripción de convenios entre los mismos titulares de las fiscalías generales; y tercero, una continua y firme voluntad de cooperación. El Ministerio Público de nuestro país propició, con el apoyo de embajadas cooperantes, dos encuentros

entre los Fiscales Generales de América y Europa, los que suscribieron determinados acuerdos.

Entre otros acuerdos se logra la denominada *cooperación para investigaciones conjuntas*, entre dos o más fiscalías de dos o más países, cuando el caso penal así lo amerite y supone estrategias de trabajo entre los fiscales de los países cooperantes, como puede ser el caso Lava Jato, también conocido como Odebrecht.

Asimismo, se debe destacar la *cooperación espontánea* entre los fiscales de distintos países que tienen investigaciones y/o información que pueda ser de utilidad para los fiscales de otro país. Se comunica a estos, se coordina directamente y se remite o se recoge la información o pruebas⁽²⁹⁵⁾.

La cooperación judicial internacional aparece como uno de los aspectos centrales de los Estados en la lucha contra la delincuencia organizada, especialmente aquella de cuello y corbata que ostenta gran poder económico. A diferencia de la legislación anterior, el CPP 2004 regula debida y detalladamente todos los casos de cooperación judicial internacional, acorde con los Tratados y Convenciones Internacionales, y la situación homogénea existente en el derecho comparado.

Ya el primer artículo referido a este sistema internacional establece su marco jurídico como base sustancial de sus competencias en un ámbito de respeto a los derechos humanos: “Las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial internacional se rigen por los Tratados Internacionales celebrados por el Perú y, en su defecto, por el principio de reciprocidad en un marco de respeto de los derechos humanos”. Se agrega que si existiera un tratado, sus normas regirán el trámite de cooperación judicial internacional, y se tendrán en cuenta las normas de derecho interno, en especial las que

(295) Véanse las declaraciones y acuerdos suscritos entre los ministerios públicos que se anexan en el presente libro y que ponen de manifiesto el compromiso en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Por ejemplo, véase la Declaración de Brasilia sobre la Cooperación Jurídica Internacional contra la Corrupción, en el caso Odebrecht, de fecha 16 de febrero de 2017.

señala el nuevo código, para la interpretación y aplicación de lo que no disponga el tratado (art. 508).

La cooperación judicial internacional comprende varios ejes funcionales: la extradición y la asistencia judicial; así mismo, comprende las llamadas diligencias en el exterior y la normatividad sobre cumplimiento de condenas y, la llamada entrega vigilada y la cooperación con la Corte Penal Internacional.

2. LOS ACTOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

El CPP 2004 regula los actos considerados de cooperación judicial internacional. En realidad, se trata de dos ámbitos claramente definidos: la extradición y la asistencia judicial internacional. El artículo 511 comprende como actos de cooperación, a la extradición en el ap. a, y a las notificaciones, recepción de declaraciones, remisión de documentos, entre otros, como actos de asistencia judicial (ap. b a j).

- a) La extradición.
- b) La notificación de resoluciones y sentencias.
- c) La notificación de testigos y peritos para que declaren.
- d) La recepción de testimonios y declaraciones.
- e) La exhibición y remisión de documentos o copias de ellos.
- f) La remisión de documentos e informes.
- g) La realización de indagaciones e inspecciones.
- h) El examen de objetos y lugares.
- i) La práctica de bloqueo de cuentas bancarias, los embargos, las incautaciones de bienes delictivos, la inmovilización de activos, los registros domiciliarios, los allanamientos, el control de comunicaciones, entre otras diligencias.
- j) Facilitar la información y elementos de prueba.
- k) El traslado temporal de detenidos procesados o condenados para que declaren como testigos; también a las personas en libertad.

- l) El traslado de condenados, las diligencias en el exterior y la entrega vigilada de bienes delictivos.
- m) Los actos de asistencia que establece el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3. LA AUTORIDAD CENTRAL

La cooperación internacional requiere de órganos que cumplan la función de hacer efectiva toda la cooperación y asistencia judicial que los tratados y las leyes establecen. La nueva ley procesal establece que la autoridad central en esta materia es la Fiscalía de la Nación. En consecuencia, las autoridades centrales o competentes de otros Estados se dirigirán a la Fiscalía de la Nación a fin de instar los actos de cooperación que requieran. De la misma manera, debe intervenir en la tramitación de las solicitudes de cooperación que presenten las autoridades nacionales.

Para estos efectos, se establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores, dado el conocimiento y la experiencia que tiene, brinde el apoyo necesario a la Fiscalía de la Nación, la que, además, también en coordinación podrá celebrar convenios con las autoridades centrales extranjeras para el intercambio de tecnología, experiencia, coordinación de la cooperación judicial, capacitación u otros actos similares (art. 512).

Esta autoridad central de cooperación internacional debe recaer en un equipo de profesionales especializados, con conocimiento de derecho comparado e idiomas, liderados por un director o jefe con mayores capacidades. A la vez, debe contar con un equipo de peritos traductores y la logística necesaria para el mejor cumplimiento de sus funciones. Hay que señalar que esta oficina, si bien depende de la Fiscalía de la Nación, debe mantener comunicación directa con los fiscales que requieren de la cooperación internacional; por lo tanto, es un órgano de apoyo a la función fiscal. Naturalmente, se exige, como es natural, la reserva de la información que se da, como la que se recibe.

El funcionario encargado no actúa por sí solo, coordina con los fiscales quienes son los que hacen los requerimientos de cooperación en

sus distintas formas. Da cuenta al Fiscal de la Nación de los asuntos de su competencia, sobre todo de los casos de mayor relevancia, además de las comunicaciones y posibilidades de convenios o acuerdos, o del reforzamiento de cooperación con los ministerios públicos u otras entidades de otros países también encargadas de las mismas funciones.

4. LA EXTRADICIÓN

La extradición es toda una institución jurídica de larga data en materia de cooperación internacional. En términos del Tribunal Constitucional, la extradición es un “instituto jurídico que viabiliza la remisión compulsiva de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada, según haya sido su situación de procesado o condenado en la comunidad política de destino”⁽²⁹⁶⁾. La extradición presenta características generales:

- a) La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe de un delito que se encuentre en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o para cumplir la sanción penal impuesta en su contra.
- b) Si no existe tratado, la extradición puede sustentarse en el principio de reciprocidad.
- c) Corresponde decidir la extradición activa o pasiva al Gobierno mediante resolución suprema, con acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de una comisión oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- d) La decisión del Gobierno requiere también de una resolución consultiva de la Sala Penal de la Corte Suprema (con conocimiento de la Fiscalía de la Nación), la que resulta decisiva, pues si la opinión del máximo órgano jurisdiccional es negativa

(296) STC N.º 3966-2004-HC/TC, fundamentos jurídicos 8 y 9.

a la extradición, el Gobierno queda vinculado a ella (obligatoria), pero si la resolución consultiva es favorable a la entrega o considera procedente solicitar la extradición, el Gobierno no está obligado y puede decidir lo conveniente (facultativa).

5. CLASES DE EXTRADICIÓN

El Código regula la extradición en sus dos formas ya conocidas: la extradición pasiva (cuando un Estado extranjero lo solicita) y la activa (cuando el Estado peruano lo requiere de otro Estado).

5.1 La extradición pasiva

Se produce cuando el Estado peruano es requerido para que decida la extradición de una persona que se encuentre en nuestro país. La extradición pasiva procede cuando la persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe de un delito cometido en un país extranjero y que se encuentre en el territorio nacional, como residente, turista o de paso, puede ser extraditada a fin de que sea investigada, juzgada o para que cumpla la sanción impuesta en su contra. Esta extradición se encuentra supeditada a que existan las garantías de una recta impartición de justicia en el país requirente (art. 516).

Esta forma de extradición puede ser rechazada si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú, y si en ambas legislaciones no tenga prevista una pena, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a un año de pena privativa. Se prevé que si la extradición es por varios delitos, bastará que se cumpla la condición de uno de ellos para que involucre a los demás delitos.

Se señalan entre otros casos de improcedencia de la extradición: si el Estado requirente no tuviera jurisdicción o competencia para conocer del caso; si el extraditado hubiera sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado o sujeto a otro derecho de gracia; si el extraditado tuviera que responder ante un tribunal de excepción; si el delito fuere militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa o de opinión; si el delito se persigue a instancia de parte; etc. (art. 517).

El mismo Código establece los efectos de la extradición que se concede. Principalmente señalamos: a) el extraditado no podrá ser encausado por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la extradición, sin previa autorización del Perú; b) la modificación de la calificación penal de los hechos también requerirá la autorización del Gobierno peruano; c) el extraditado no podrá ser reextraditado, sin autorización del Perú; y d) los objetos, efectos, instrumentos delictivos y lo que constituya el cuerpo del delito hallados en poder del extraditado podrán ser remitidos al estado requirente.

En estos casos es posible que se dicten medidas coercitivas que permitan o faciliten la extradición, como es el *arresto provisorio* o detención preventiva con fines de extradición, con la intervención de la Fiscalía de la Nación y de la Interpol.

5.2 La extradición activa

En esta forma activa, el Estado interesado es el Perú y, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema, podrá requerir la extradición de un procesado, acusado o condenado al Estado en que dicha persona se encuentra para que se someta y cumpla con la ley peruana.

Para los efectos del trámite interno se siguen determinados criterios y las normas ya establecidas para la extradición pasiva. El procedimiento se inicia por el juez de la investigación preparatoria o juez penal, de oficio o a pedido de parte; emite una resolución de extradición activa donde deberá precisar los hechos de imputación, la calificación legal, la pena conminada, los fundamentos que acreditan los hechos delictivos y su vinculación con el imputado, la declaración de ausencia o contumacia, si fuera el caso, así como la orden de detención con fines de extradición.

El juez formará el cuaderno respectivo acompañando, principalmente, la documentación que acredite la ubicación del extraditado en el país requerido. Si el tratado o la legislación interna de dicho país exige prueba que fundamente la seriedad de los cargos, los medios de investigación o de prueba que lo justifiquen, se pueden adjuntar las normas de derecho interno y los tratados que son aplicables

al caso. El cuaderno se eleva a la Sala Penal de la Corte Suprema. Si la resolución consultiva es desfavorable, se devolverá lo actuado al juzgado de origen; si es favorable, el cuaderno íntegro se remitirá al Ministerio de Justicia, de modo que el Gobierno emitirá pronunciamiento mediante resolución suprema, y podrá acordar si accede o deniega el pedido (art. 526).

Al igual que la extradición pasiva, si existiera peligro de fuga, el juez podrá solicitar al Estado requerido, directamente, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación, y a través de la Interpol, que dicte orden de detención preventiva con fines de extradición (art. 527).

6. ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los casos de asistencia judicial internacional están referidos a aquellos actos de cooperación internacional previstos en el art. 511, incisos b) a j) como son la asistencia para la notificación de las resoluciones y sentencias, la remisión de documentos, la realización de indagaciones o inspecciones, el bloqueo de cuentas, las incautaciones, el traslado temporal de detenidos, entre otros actos (art. 528). En todos estos casos, la solicitud de asistencia judicial o *carta rogatoria* solo procederá cuando la pena privativa para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de un delito sujeto exclusivamente a la justicia militar.

La ley procesal establece los casos en los cuales se pueden denegar las solicitudes de asistencia (art. 529), así como los requisitos y trámite a seguir cuando la asistencia judicial se solicita a las autoridades peruanas (art. 530) con intervención de la Fiscalía de la Nación, la que trasladará las solicitudes al juez de la investigación preparatoria del lugar donde se debe efectuar la diligencia (art. 532).

7. COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

También existe en el CPP 2004 expresa regulación sobre la colaboración con la Corte Penal Internacional. Dicha colaboración comprende lo siguiente: a) la detención y entrega de personas, b) la

detención provisional y c) los actos de cooperación previsto en el art. 93 del Estatuto de la Corte Penal. Se consideran además los casos previstos en el art. 551, inciso 1, literales b) a m).

Se establece que las solicitudes de cooperación serán recibidas vía diplomática y remitidas inmediatamente a la Fiscalía de la Nación, aun cuando se puede dirigir dicho pedido directamente a la Fiscalía, la que a su vez las remitirá al juez de la investigación preparatoria si se trata de un pedido de detención y entrega, o de detención provisional, así como de los casos que le correspondan según el art. 511 citado. Pero corresponderá la remisión al fiscal cuando la cooperación consiste en lo siguiente: a) la identificación y búsqueda de persona u objetos, b) la realización de exhumaciones y el examen de cadáveres y fosas comunes, y c) la identificación y determinación del paradero de bienes delictivos. Si el pedido es de realización de inspecciones, congelamiento o incautación de bienes delictivos, el fiscal instará al juez de la investigación preparatoria a que dicte la resolución correspondiente (art. 555).

Es necesario resaltar la obligación que tienen las autoridades nacionales, que participan en los actos de cooperación, de preservar el secreto de las actuaciones en que intervengan, cuando fuere necesario y el interés de la justicia lo exiga.

8. LA DETENCIÓN PREVENTIVA CON FINES DE EXTRADICIÓN

La posibilidad de que la persona investigada pueda eludir la acción de la justicia de un Estado fugando a otro país es latente. Por ello se permite que el Estado interesado requiera de otro proceder a la detención provisional de la persona en tanto se sigue el trámite de la extradición.

Como sabemos la detención preventiva busca asegurar la presencia del imputado a las investigaciones y el juzgamiento. La ley reconoce la detención preventiva con fines de extradición pasiva y activa, regulada en los arts. 523 y 527 del CPP, respectivamente. Dos factores son importantes para lograr su procedencia: el rápido cumplimiento de los presupuestos que exige la legislación del país y la coordinación inmediata y permanente con la Interpol. Así, el art. 523 establece la procedencia de la extradición pasiva cuando se haya cumplido con el

pedido formal del país interesado y cuando la persona requerida haya sido ubicada en el territorio por la Policía Internacional.

El pedido formal se hace a la Fiscalía de la Nación por la *autoridad central del Estado requirente* o por conducto de la Interpol. En casos de urgencia, por posibilidades de ocultamiento y fuga, por ejemplo, el pedido se puede hacer por vía más rápida (telegráfica, telefónica y otros). Además se indicarán los datos específicos de la persona, las circunstancias del hecho que se imputa, la tipificación penal, la pena conminada que prevé el CP o la pena ya impuesta, la orden judicial de detención. Nuestra ley establece con claridad todo el iter procesal a seguir. Así en el caso de la extradición activa, se dispone la detención preventiva con fines de extradición. La ley establece que es el juez penal, a pedido del fiscal, quien hace el requerimiento de detención preventiva al Estado requerido y se sigue el procedimiento establecido en dicho país. Asimismo, la ley procesal señala que la detención preventiva puede solicitarse conjuntamente con la extradición.

9. LA EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA Y DE TRÁNSITO

Se llama *extradición simplificada o voluntaria* cuando la misma persona requerida de extradición o de detención con dicho fin, accede a someterse a la justicia del país requirente debiendo expresar su libre y expreso consentimiento a ser extraditado (art. 523A). La *extradición de tránsito* procede cuando el extraditado debe transitar por un tercer Estado y así llegar a su destino; se exige para ello copia auténtica del documento de extradición y el pedido formal, de tal manera que dicho Estado no pueda tener injerencia alguna en el caso, salvo *graves motivos de orden público o de derechos humanos* (art. 524).

10. LAS CARTAS ROGATORIAS Y LAS DILIGENCIAS EN EL EXTERIOR

Los pedidos de asistencia judicial internacional o las llamadas cartas rogatorias constituyen la exigencia formal del Estado que requiere de otro su cooperación judicial. Su procedencia exige que el delito investigado o juzgado tenga sanción penal mayor a un año y que no se trate de delito militar.

De acuerdo con nuestra legislación, los actos de cooperación judicial internacional son (art. 511):

- a) Notificación de resoluciones y sentencias, también la notificación de testigos y peritos.
- b) Toma de declaraciones del imputado, testigos, peritos “y otras personas” dice la ley, refiriéndose a aquellas personas que puedan aportar su conocimiento de los hechos o sus conocimientos jurídicos o técnicos, necesarios para el proceso judicial.
- c) La exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos.
- d) La remisión de documentos e informe.
- e) La realización de indagaciones o inspecciones.
- f) Examen de objetos y lugares.
- g) Bloqueo de cuentas, embargos, incautaciones, secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, allanamientos, control de las comunicaciones, ubicación de los bienes.
- h) Facilitamiento de información y elementos de prueba.
- i) El traslado temporal del detenido sujeto a proceso penal o del condenado para que declare como testigo.

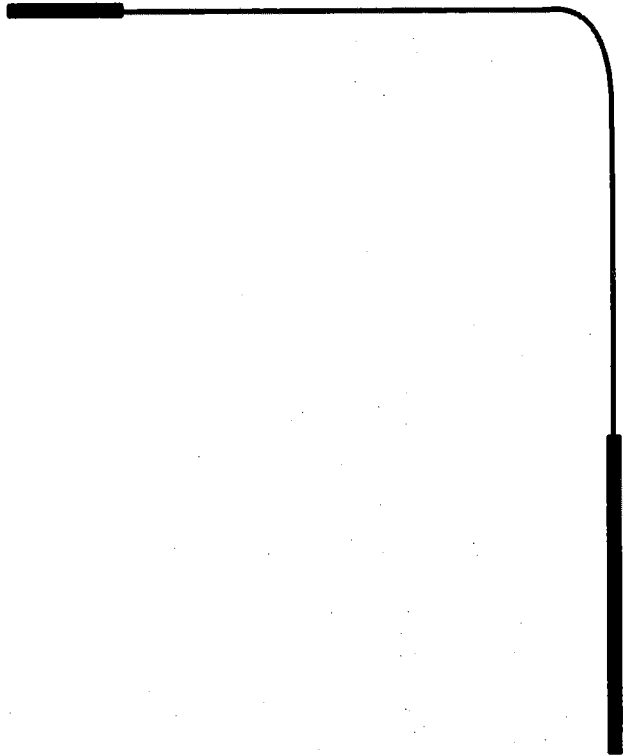
Nuestra ley procesal también establece la formalidad a seguir cuando una autoridad fiscal o judicial decidan realizar alguna diligencia en el extranjero, siempre a través de la autoridad central que es el Ministerio Público (art. 538).

11. CUMPLIMIENTO DE LAS CONDENAS

Conforme a nuestras leyes, las personas extranjeras que han sido condenadas a pena privativa de la libertad en el Perú pueden cumplir dicha condena en su país de origen o en el que acredite su arraigo. Corresponde a las autoridades del Gobierno decidir sobre el traslado

de las personas condenadas. También se procede de la misma manera cuando se trate de peruanos condenados en el extranjero. En ambos casos deben quedar satisfechos los presupuestos que establece la legislación procesal nacional (art. 540 y ss.)

Anexos





I.
CASACIONES RELEVANTES



1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y/O GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

1.1 Presunción de inocencia y reglas de prueba.

Casación N.º 603-2015/Madre de Dios.

1 de septiembre de 2016

“Segundo. Que, ahora bien, desde la garantía de presunción de inocencia –es un derecho fundamental de naturaleza reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo de su titular: el imputado, pues corresponde a la acusación enervarlo [STSE de cuatro de junio de mil novecientos noventa y seis]–, solo puede analizarse si se cumplieron con las reglas de prueba que ésta comprende para estimar que, en efecto, se enervó la misma –en el presente caso no se discute la viabilidad de la regla de juicio de tal garantía procesal referida al in dubio pro reo–.

Las reglas de prueba son: **1.º** Prueba en sentido técnico, conforme a las exigencias procesales –las fuentes de información utilizadas para la formación del fallo deben ser legalmente ‘prueba’–; **2.º** Prueba fiable –que permita incorporar elementos sólidos con gran nivel de verosimilitud acerca de lo que enuncia–; **3.º** Prueba legítima –que las fuentes de prueba se obtengan sin vulnerar garantías procesales y que los medios de prueba se actúen conforme a las normas procesales–; **4.º** Prueba corroborada –que consten varios elementos de convicción que se fortalezcan entre sí–; y, **5.º** Prueba de cargo suficiente –que tenga un carácter incriminatorio, aportada por la acusación y de su propio tenor sea posible concluir, desde el ángulo de un observador imparcial, que acreditan los hechos atribuidos y la responsabilidad penal del encausado–.

No es del caso, en sede de casación, llevar a cabo una evaluación autónoma y general del material probatorio –su naturaleza extraordinaria lo impide–. Solo cabe minar, desde la ley, si se cumplió con respetar las exigencias del derecho probatorio –de las normas o preceptos de prueba– desde la perspectiva del respeto la presunción de inocencia.”

1.2 Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el principio de gratuidad. Casación N.º 172-2011/Lima. 7 de agosto de 2012

“Décimo Primero: Que, del análisis de fondo del motivo casatorio por el que fue admitida el presente recurso de casación, desarrollo de la doctrina jurisprudencial, se tiene que en relación a la gratuidad de la administración de justicia, el artículo 139º inciso 16) de la Constitución Política del Estado, establece expresamente que:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

Décimo Segundo: Que, dicho principio, como ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2004-AA/TC), forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles y tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

Décimo Tercero: Que, asimismo cabe afirmar que el principio de gratuidad en la Administración de Justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Estado, por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que el hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor[2]. Consideraciones por las que debemos fijar como criterio rector que: el Ministerio Público expida copias de las actuaciones principales, siempre y cuando la defensa técnica cumpla con acreditar la condición específica del beneficiario y adjuntar la verificación socio-económica del

beneficiario, criterio que en adelante debe ser considerado como doctrina jurisprudencial de cumplimiento obligatorio”.

1.3 Motivación escrita de las resoluciones. Transcripción de las decisiones emitidas.

Casación N.º 159-2011/Huaura.

22 de mayo de 2012

“(…) 3.2 La exigencia constitucional de motivación escrita de las resoluciones judiciales es un derecho que exige que el juez funde en derecho sus decisiones; su basamento lógico radica en la necesidad de controlar la coherencia entre lo que el llamado a decidir decide y los fundamentos que ha estimado (paso ordenado de las premisas a las conclusiones).

3.3 El mensaje judicial resolutivo (sentencial o incidental o de cualquier decisión de la etapa de investigación preparatoria o de cualquiera de las etapas o fases del encausamiento) debe decodificarse en sus exactos términos por todos los destinatarios directos e indirectos.

3.4 La motivación de las decisiones trascendentes (justificación externa de las premisas normativa y fáctica), debe ser completa, coherente y estricta; no necesariamente abundante o extensa, pero tampoco raquítica, desordenada, desestructurada o diletante; el deber constitucional de fundamentación debe ser razonablemente atendido, tomando como base las particularidades y la naturaleza del caso concreto.

3.5 Como regla, el momento de emisión de la fundamentación, en el modelo procesal penal peruano, es el momento mismo de la emisión de la decisión, salvo en los casos de sentencias fruto de juicio oral en una materia completa o de impedimento temporal de redactarla, en que se ha previsto la lectura de la parte dispositiva (inciso segundo del artículo trescientos sesenta y dos del Código Procesal Penal), lo que [a] su vez conlleva el deber de convocar a las partes para una lectura integral en el plazo máximo de ocho días; no corresponde extender mecánicamente esta previsión legal a las resoluciones emitidas en la etapa de investigación preparatoria, que cuenta con sus propias reglas (así, el inciso cuarto del artículo ocho –medios de defensa–; el inciso segundo del artículo ciento dos –constitución en actor civil–; el inciso segundo del artículo doscientos tres –restricción de dere-

chos-; el inciso primero del artículo doscientos sesenta y uno –detención preliminar-; el inciso segundo del artículo doscientos setenta y uno –prisión preventiva-), teniendo en cuenta además que la analogía como mecanismo lógico jurídico de integración, solo cabe en casos de vacío o deficiencia, es decir, de laguna o ausencia de regulación.

(...)

3.8 Las normas legales contenidas en el Código Procesal Penal peruano deben interpretarse conforme a la Constitución Política y las normas declarativas de los derechos fundamentales, puesto que dichas normas regulan el ejercicio de potestades básicas inherentes a la dignidad de la persona.

3.9 El derecho fundamental del imputado –extendido por igualdad ante la ley a las partes legitimadas en la causa judicial– a contar con el tiempo y los medios para organizar su defensa, o diseñar su actuar posterior implica el particular derecho a obtener una copia oficialmente transcrita de la decisión emitida oralmente para estudiarla detalladamente y pormenorizadamente, con la finalidad de decidir cabalmente la estrategia a seguir frente a la decisión emitida y a la connotación del sustento de lo decidido, sin que se presuma que el interesado recuerda en toda su dimensión la determinación, por el hecho de haber asistido al acto procesal de su emisión o que está en capacidad de transcribirla por cuenta propia a partir del registro audible que se le proporcione.

(...)

3.11 El nuevo modelo procesal penal, no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas; sino mas bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito (que se halla normativamente limitado –referencia a la síntesis en las actas, prohibición de la presentación de escritos en casos específicos-), tanto más que el acuerdo del pleno jurisdiccional de la judicatura superior realizado en Arequipa se concreta al decantamiento en pro de una opción preferencial por lo oral, mas no una eliminación de los marcos legales de lo escrito.

3.12 Por ende, las resoluciones emitidas en las incidencias (los autos), han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral décimo del Acuerdo Plenario número seiscientos veintinueve diagonal "CJ" guión ciento dieciséis de seis de diciembre de dos mil once con la precisión hecha en el numeral décimo tercero de

dicho Acuerdo, sin perjuicio de la oralización de la decisión, como ya se ha establecido en el pronunciamiento casacional número sesenta y uno guión dos mil nueve, ya referido.

3.13 Es claro que además de escribir o transcribir la decisión final de la materia de la incidencia, en los casos que corresponda, resulta deber funcional de la judicatura que en el acta respectiva conste por escrito la síntesis de lo ocurrido, con la referencia horaria pertinente (pauta, bitácora o cronometrarían), para guiar a los interesados directo y a los indirectos en la audición del contenido registrado (grabación del íntegro del acto procesal correspondiente por medios tecnológicos, perennizando las diligencias desarrolladas en la audiencia), haciendo factible que los interesados directos accedan a la información judicial pautaada contenida en el soporte audible, con la finalidad de facilitar el análisis de plenitud y coherencia entre lo actuado y decidido; ello facilita también el acceso de los interesados indirectos a la misma información, como plasmación del derecho de la sociedad (asistente o no al acto procesal) a vigilar la actuación judicial que en nombre del Pueblo se realizó en el caso concreto y por tanto, encarna el deber de transparencia judicial, que no se agota con la publicidad de la audiencia, y que trasciende los límites de espacio físico, lugar o tiempo.

3.14 La resolución que pone fin a la sustanciación de un incidente, sea en primera o en segunda instancia, en principio, por su trascendencia, difiere de otras decisiones que se pronuncian dentro del mismo acto procesal; esa diferencia, evaluándose de facto la razonabilidad y necesidad de la celeridad y dada la distinta connotación, hace que no se requiera (pero tampoco se prohíbe) que sean íntegramente transcritas aunque ciertamente en las no impugnadas debe constar por escrito la síntesis del sentido resolutivo en el acta pautaada correspondiente.

3.15 Con ello, no se afecta la plasmación de la oralidad en la emisión de las resoluciones judiciales finales, que el orden procesal penal ha previsto, sino en que una vez expedidas, deben ser en principio transcritas y suscritas (requisitos constitutivos de validez de los pronunciamientos judiciales) y con ello atender la seguridad jurídica, así como la inalterabilidad de la motivación, aunque por motivos pragmáticos se han establecido excepciones."

2. SUJETOS PROCESALES

2.1. Actuación del Ministerio Público e interrupción del plazo de prescripción.

Casación N.º 347-2011/Lima.

14 de mayo de 2013

“4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.

4.8. En consecuencia, las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos; por ello, el artículo ochenta y ocho del Código Penal, establece que los plazos de prescripción corren, se interrumpen o suspenden en forma para cada uno de los partícipes del hecho punible.

4.9. Por lo expuesto, habiéndose demostrado que el Ministerio Público comprendió en el presente proceso, recién en forma expresa y plena al procesado Peña Arrunátegui, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción ordinario de la acción penal, en razón al delito de Colusión desleal, objeto de imputación y no evidenciándose que haya operado la interrupción o suspensión del plazo de prescripción por alguna actuación realizada por el Fiscal o Juez, respecto de dicho encausado; por ende, el plazo

rescriptorio para el procesado Peña Arrunátegui ha seguido corriendo en forma independiente de los demás procesados, configurándose así el plazo de prescripción ordinaria; por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que la interpretación desarrollada por la Sala Superior, que declaró fundada la excepción de prescripción, es acorde a derecho, pues resguardó los derechos fundamentales del procesado y realizó una correcta interpretación del artículo ochenta y ocho del Código Penal”.

2.2. Legitimación del agraviado en el proceso penal.

Casación N.º 353-2011/Arequipa.

04 de junio de 2013

“4.4. Sin embargo, lo expuesto, no supone que los poderes de la víctima en el proceso penal, son absolutos y omnímodos, toda vez que está sometido al principio del contradictorio que deriva del derecho constitucional a la igualdad de armas, el derecho de defensa y del debido proceso. Tampoco implica que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía, titular de la acción penal, según lo previsto en el artículo ciento cincuenta y nueve de nuestra Carta Magna o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales o que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de represalia o venganza contra el procesado.

4.5. En efecto, se advierte con claridad que el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión, por ello, se advierte que el artículo noventa y cinco del Código Procesal Penal, específicamente, en el literal d), del numeral uno, establece que: “el agraviado tendrá como derecho impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria”; en concordancia con el artículo trescientos cuarenta y siete del mismo Cuerpo legal, señala que contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación; motivo por el cual, la Sala Superior debe emitir nuevo pronunciamiento.

4.6. Respecto, a los cuestionamientos formulados de la posibilidad de establecer si la carga de la prueba la tiene únicamente la Fiscalía o en algún momento varía hacia la defensa, cabe precisar que tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso dos, del artículo sesenta y uno del mismo cuerpo legal, el Mi-

nisterio Público es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, debiendo actuar con objetividad, indagando no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado; sin embargo, ello no impide que el procesado pueda defenderse de la imputación fáctica que pesa en su contra, presentando medios de prueba de descargo, más aún cuando se trata de una defensa afirmativa, donde el Juez exigirá que el encausado descubra todos los elementos probatorios e información que posea y que sustente la misma (véase: LEÓN PARADA, Víctor Orielson, El ABC del nuevo sistema acusatorio penal: El juicio oral, ECOE, Bogotá, dos mil cinco, página ciento cuatro). Finalmente, en relación a si las conclusiones arribadas en una investigación fiscal son válidas en otro proceso, al respecto debemos señalar que una es un juicio de racionamiento y como tal no puede ser llevado a otro proceso”.

3. PROCESO COMÚN

3.1 Inicio de las diligencias preliminares.

Casación N.º 66-2010/Puno.

26 de abril 2011

“SEGUNDO: Que, las diligencias preliminares constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, por cuanto el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación, y por ende elabore su estrategia acusatoria o desestime la denuncia, cuyo plazo es de breve investigación, realizada de forma unilateral y reservada.

TERCERO: Que, el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal, establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables; asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

CUARTO: Asimismo, el inciso segundo del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal establece que el plazo de las diligencias preliminares, conforme el artículo tercero del mismo cuerpo de leyes, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Que, el plazo de veinte días le corresponde a la fase de diligencias preliminares; la cual

no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada de la investigación preparatoria; esto es porque cada una de ellas persigue una finalidad distinta; pues, las diligencias preliminares son para concluir si se formaliza o no denuncia; siendo así, si el Fiscal se excede del plazo en las diligencias preliminares, se somete a un tipo de control. De otro lado, quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda; a fin de no afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso.

QUINTO: Que, la regla para el cómputo del plazo, se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Civil, que establece que se computará conforme al calendario gregoriano, estableciéndose en su inciso primero que el plazo señalado por días se computará por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezca que se haga por días hábiles."

3.2 Efectos de la formalización de la Investigación Preparatoria.

Casación N.º 332-2015/Del Santa.

28 de marzo de 2017

"CUARTO. La prescripción tiene un sentido de liberación o extinción, pudiéndose referir a prescripción de la acción penal o de la pena, siendo que la primera está referida a un plazo de tiempo establecido en la Ley, dentro del cual los órganos jurisdiccionales pueden iniciar el proceso, pero, finalizado, ya no se puede perseguir el delito; es decir, existiría una imposibilidad de promover la acción penal luego de haber transcurrido determinado plazo establecido por la Ley, desde la fecha en que se cometió el delito. Con relación a esta institución del Derecho Sustantivo Penal, se encuentran la interrupción y suspensión. "La interrupción hace perder todo el tiempo corrido a favor del procesado y comienza a prescribir nuevamente, a partir de la misma fecha, la acción penal [...]. En cambio, la suspensión consiste solamente en un intervalo que no se computa; cesada la causa de la suspensión, se cuenta el tiempo anterior a ella, si lo hubo, y sigue corriendo el termino originario"[1]. Cada una de estas instituciones tiene diferentes causales.

QUINTO. En lo que respecta a la suspensión de la prescripción, "señala el artículo ochenta y cuatro del Código Penal que el plazo de prescripción se suspende 'si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento'. Se trata de

un recurso civilista por el que excepcionalmente se suspende el cómputo del plazo, hasta tanto se resuelva el asunto –no penal– que lo motivó. Las cuestiones que suspenden el plazo de prescripción son dos: a) Cuestiones previas y b) Cuestiones prejudiciales”[2]. Sin embargo, dicha institución no solo tiene regulación en el Código Sustantivo, sino también en el Procesal; es así que el artículo trescientos treinta y nueve, inciso uno, del Código Procesal Penal, cuya interpretación y aplicación ha dado motivo al presente recurso de casación, establece que “La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”. En buena cuenta, lo que hace el artículo es presentarnos una nueva modalidad de suspensión del plazo prescriptorio, que se generará a mérito de dicha disposición fiscal que importa la “promoción de la acción penal, y da el inicio formal de la intervención jurisdiccional controlando el mérito de la investigación preparatoria”[3]. Que, respecto del sentido que el legislador le dio al artículo trescientos treinta y nueve, inciso uno, del Código Procesal Penal, ya ha sido desarrollado por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema número uno-dos mil diez, complementado por el Acuerdo Plenario número tres-dos mil doce.

(...)

OCTAVO. Los fundamentos esgrimidos por la Sala de Apelaciones para fundamentar su apartamiento de la doctrina jurisprudencial sentada en los Acuerdos Plenarios número unodos mil diez y número tres-dos mil doce, citados en el rubro “II. Fundamentos de derecho, punto II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación”, acápite segundo, puntos a, b, c y d, son ilegales por lo siguiente: 8.1. Respecto del argumento de la supuesta desnaturalización de la institución de los plazos procesales, resulta ser contradictoria, en tanto que la “suspensión de la prescripción” prevista en el artículo trescientos treinta y nueve, inciso uno, del Código Procesal Penal, se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva, por cuanto lo que la suspensión busca es brindar un tiempo razonable al órgano administrador de justicia, así como al de persecución del delito a fin de que se lleven a cabo las diligencias pertinentes dentro del debido proceso. 8.2. Acerca del argumento sobre la duplicidad y la vulneración de los plazos máximos de prescripción de la acción penal, son conforme al principio de legalidad; por lo tanto, se debe proceder a computar el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal, desde la formalización de la investigación preparatoria. 8.3. Finalmente, respecto

al argumento de la posibilidad del autorreproche del propio delincuente como medio alternativo a la pena para purgar castigo, expresado con las siguientes palabras en el auto de vista recurrido: "Si bien, en materia penal la mayoría de los casos irresueltos se debe a la renuencia de los imputados a someterse al proceso, y ello debido a que por instinto de conservación, toda persona reacciona protegiendo su libertad y por ello elude o fuga, pero, ser fugitivo no quiere decir que esa persona haya resuelto su problema, pues pueda ser más tortuoso que estar en la cárcel purgando una condena, pues tiene que estar a salto de mata, no alcanzar el sueño, ser juzgado día a día por su consciencia o fuero interno, y, por eso, es que el tiempo debe llevar el perdón para el perseguido [...]", no puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso sea provocado por su propia actitud procesal para evitar el alcance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse. En buena cuenta, la suspensión de la prescripción está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando igualmente a los órganos de persecución penal a actuar con celeridad evitando dilaciones indebidas y garantizando el debido proceso, conforme lo desarrolló el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Supremas número tres-dos mil doce en los puntos B y D del fundamento jurídico treinta y uno.

NOVENO. El Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez se encarga de esclarecer que la palabra suspensión contenida en el artículo trescientos treinta y nueve, inciso uno, del Código Procesal Penal no puede estar referida a un supuesto de interrupción, sino más bien a uno de suspensión, como refiere su tenor literal; y que en el Acuerdo Plenario número tres-dos mil doce se determina que el plazo máximo que durará la suspensión de la prescripción de la acción penal será de un periodo equivalente a la prescripción extraordinaria.

(...)

UNDÉCIMO. En consecuencia, el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal en los casos de suspensión por formalización de investigación preparatoria, no es ilimitado, sino por un periodo equivalente a un plazo ordinario más la mitad, por lo que la acción penal prescribirá indefectiblemente cuando haya culminado dicho plazo, conforme lo dejó sentado el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema número tres dos mil doce."

3.3 Control formal y material de la acusación fiscal.

Casación N.º 760-2016/La Libertad.

20 de marzo de 2017

“Décimo quinto: En el Código Procesal Penal se mencionan los llamados elementos de convicción, pero no se le da un contenido concreto, se le vincula con su suficiencia, pero no se le dota de un contenido material. Una primera aproximación conceptual a su contenido sería la siguiente: Por la etapa en los que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria, los elementos de convicción son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener la certeza o convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio. Para una mayor delimitación de sus alcances pueden plantearse los siguientes criterios; a) Los elementos de convicción son los que sirven de base para la formulación de una acusación fiscal; b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el fiscal que es quien sostiene sus acusación; c) Por juicio a contrario del artículo 344.2; d) Los elementos de convicción deben ser suficientes, para acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento; e) Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal; f) Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba –que en realidad son de convicción– puede instar el sobreseimiento, la defensa, o el juez decretarlo de oficio. Control de la acusación y en particular de sus elementos de convicción.

Décimo sexto: Uno de los avances del nuevo sistema procesal penal, es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben superar. La cuestión que debe esclarecerse es, cuál es el alcance de dicho control, y que grado de injerencia tienen las partes para controlarla. En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o con-

tradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio. Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos fácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

Décimo sétimo: Ahora bien, fijadas estas dos exigencias, con relación a la acusación (motivación e integralidad), ¿cuál es el control que puede ejercerse respecto de ella? La respuesta está en función, otra vez, del estadio en que se formula y el rol de quien, como titular exclusivo, la realiza.

Décimo octavo: En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación; insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

Décimo noveno: Se evidencia la necesidad de interpretar el artículo 352, inciso 4, del Código Procesal penal para definir el grado de convicción necesario para considerar la suficiencia de elementos de convicción y el alcance del control jurisdiccional del requerimiento acusatorio durante la etapa intermedia, todo ello desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Público y del Juez de Investigación Preparatoria.

Vigésimo: Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba. Pero entiéndase que estos son casos límites, notorios, aprehensibles por cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; o hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia que la acción penal se ha extinguido (prescripción evidente o muerte del imputado). Y en el caso que es motivo casacional que resulte, a todas luces, evidente que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios

probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, videos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreeser, en la etapa intermedia, un proceso penal cuando haya elementos de convicción que generen duda, en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral.

Vigésimo primero.- Es decir, tanto la decisión del Ministerio Público como la solicitud que puede realizar el acusado o su defensa de sobreeser la acción penal se encuentra regulada por la misma norma adjetiva. Sin embargo el presupuesto de aplicación entre uno y otro sujeto procesal descansa en un fundamento diferente pues por mandato constitucional el Ministerio Público es el único encargado de desempeñar la acción penal, mientras que, en contraparte, el procesado y su defensa pueden únicamente cuestionarla ante el Juez de Investigación Preparatoria, en ese sentido, considerando quien únicamente tiene, en esta etapa del proceso, fundamentalmente, como función el control judicial y de garantías.”

3.4 ¿Es posible impugnar resoluciones desestimatorias de excepciones expedidas durante la Etapa Intermedia?

Casación N.º 893-2016/Lambayeque.

20 de abril de 2018

“Quinto. Asimismo, dicho derecho constitucional ha sido recogido en vasta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Entre las cuales tenemos las siguientes:

5.1. La Casación N.º 482-2016/Cusco, del veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

Quinto. La falta de motivación está referida no solo: 1. A la ausencia absoluta de análisis, probatorio y jurídico penal, en la resolución judicial; esto es, a la carencia formal de un elemento estructural de la resolución –motivación inexistente– (muy excepcional, por cierto). También está relacionada: 2. A la motivación incompleta o insuficiente, que comprende la falta de examen respecto: i) De aspectos centrales o trascendentes del objeto del debate, puntos relevantes objeto de acusación y defensa, esto es, pretensiones en sentido propio y no meras alegaciones que apoyen una pretensión (STSE del quince de marzo de dos mil doce). ii) De pruebas

esenciales o decisivas para su definición y entidad –sin las cuales pierde sentido la actividad probatoria, y las postulaciones y alegaciones de las partes procesales–. iii) De la calificación de los hechos en el tipo legal –tipicidad– y de las demás categorías del delito relevantes, de la intervención delictiva, de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad en caso de haber concurrido. iv) De la medición de la pena y fijación de la reparación civil cuando correspondiera. 3. A la motivación aparente, que es aquella la que incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto que no explique la causa de su convicción. Este apartado, sin duda, igualmente, comprende: 4. Aquellas sentencias que dan lugar a una imposibilidad de subsunción por inexistencia de la premisa mayor. Esto es así: i) Cuando el detalle de los hechos y sus circunstancias, gramaticalmente, resulte incomprensible. ii) Cuando por la omisión de datos o circunstancias importantes, esto es, extremos capitales o fundamentales del relato fáctico –según el objeto del debate–, no es posible conocer la verdad de lo acontecido, qué fue lo que sucedió. iii) Cuando el detalle de los hechos se describa en términos dubitativos o ambiguos.

5.2. La Casación N.º 41-2012, Moquegua, del seis de junio de dos mil trece, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente, con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Debiendo precisar que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa. No requiriendo que, de manera pormenorizada, el Tribunal o juzgados se pronuncien en forma expresa y detallada sobre todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver –véase sentencia del Tribunal Constitucional número mil doscientos treinta guion dos mil dos guion HC oblicua TC, fundamento jurídico diez al quince–”

4. PRUEBA PENAL

4.1 Valor probatorio de la declaración del testigo de referencia.

Casación N.° 158-2016/Huaura.

10 de agosto de 2017

“Décimo noveno. El inciso dos del artículo ciento sesenta y seis del Código Procesal Penal, regula la figura del testigo de referencia acotando el contenido de su declaración, señala: “si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado”. En este sentido, nuestra legislación procesal le otorga eficacia al testimonio de referencia.

Vigésimo. La Policía al intervenir en el hecho delictivo puede declarar también sobre este, siempre que su declaración se introduzca al juicio oral mediante el denominado “testimonio de referencia”; se constituirán como testigos de referencia aquellos efectivos policiales que intervinieron personalmente en las diligencias preliminares, que presenciaron el delito, que recogieron el cuerpo del delito o realizaron la detención del autor.

Vigésimo primero. Tanto la jurisprudencia como la doctrina le restan valor a la declaración del testimonio de referencia o conocido como “testimonio de oídas”, ello, por cuanto siempre se preferirá un testimonio directo, o que existan medios de prueba adicionales que corroboren la versión de este; de ahí que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad número ciento setenta y tres-dos mil doce, Cajamarca, ha señalado en su fundamento jurídico tercero, que: “Es necesaria la corroboración o confirmación del relato incriminador del testigo de referencia, por lo menos, de ciertos aspectos del mismo, por medios objetivos de prueba, no es posible otorgarle mérito y considerarla prueba suficiente para enervar la garantía de presunción de inocencia. El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo, por consiguiente, no es admisible como medio de prueba único para desvirtuar la presunción de inocencia”.

Vigésimo segundo. Esta misma interpretación es realizada por El Tribunal Constitucional Español, el cual mediante sentencia número ciento sesenta y uno/dos mil dieciséis, de tres de octubre de dos mil dieciséis, sos-

tuvo: "Este Tribunal ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo, por lo que "puede ser uno de los elementos de prueba, condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de intermediación y contradicción en la práctica de la prueba".

Vigésimo tercero. Esta postura, también es sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que solo ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en un paradero desconocido, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa.

Vigésimo cuarto. En consecuencia, las declaraciones de los testigos de referencia se constituyen como una prueba excepcional, ante la ausencia del testimonio directo, ello significa que de presentarse en el proceso, no poseerá valor de prueba suficiente para emitir un fallo condenatorio, si no se encuentra corroborada con otros medios de prueba que confirmen la versión inculpativa, por ende, si esta declaración es la única que se tiene en contra del acusado, no será capaz por sí misma de desvirtuar la presunción de inocencia."

4.2 Diferencias entre prueba irregular y prueba ilícita.

Casación N.º 591-2015/Huánuco.

17 de mayo de 2017

"Décimo Sexto. Existen supuestos específicos en los que el legislador ha predeterminado, mediante una norma de carácter procesal, un supuesto de obtención probatoria no permitido y su consecuencia. Así se aprecia, por ejemplo, en el inciso tres, del artículo ciento sesenta y tres, inciso dos, del artículo ciento sesenta y dos, inciso tres, del artículo ciento ochenta y cuatro, del Código Procesal Penal-. Ello no significa que se cierre la posibilidad de limitar la valoración probatoria de otros supuestos no regulados específicamente.

Décimo Sétimo. En general, las leyes procesales tienen en común que no admiten las pruebas irregulares; pero se distingue por la mayor o menor amplitud con que prevén excepciones a esta regla general. En el caso de las pruebas irregulares, en nuestro sistema jurídico, el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece, de modo genérico, una prohibición de valoración para las pruebas no obtenidas mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo –entre las cuales hemos ubicado a la prueba irregular, conforme el fundamento jurídico décimo quinto–.

Décimo Octavo. Si bien tanto en el mismo cuerpo normativo precitado, como en la jurisprudencia y en la doctrina, se utiliza una terminología variada para denominar el efecto de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales, en puridad el efecto derivado es el de ineficacia del acto, lo que se traduce en una exclusión probatoria, sin distinción de si procesalmente esta se efectúa al momento de la admisión o de la valoración de la fuente de prueba.

Décimo Noveno. Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental.

Vigésimo. De manera que, si bien las normas procesales pueden establecer una protección de un ámbito específico, como manifestación específica derivada de un derecho fundamental, no puede excluirse la posibilidad que se presente un supuesto de prueba irregular no regulado específicamente. Ahora bien, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.”

5. MEDIDAS DE COERCIÓN

5.1 Prisión preventiva: presupuestos y audiencia.

Casación N.º 626-2013/Moquegua.

30 de junio de 2015

“Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la

contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El Fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el Juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.”

5.2 Prolongación de prisión preventiva: facultades del juez de Investigación Preparatoria.

**Casación N.º 328-2012/Ica
13 de octubre de 2014**

“**Quinto.** De lo expuesto se desprende que nuestra normatividad legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, estrictamente al Juez de la Investigación Preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria; por lo que no existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en principio, que es permisible que siga realizando esta función como Juez de Garantías, aún si la causa se encuentra en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentre recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: “Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria...”, de lo que se colige que no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad en otros estadios del proceso.

Sexto. Ello es entendible, pues lo que se procura es que la dilucidación sobre la prolongación de prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la misma que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por tanto, debe entenderse que es este Magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de investigación preparatoria, a fin que no exista el riesgo que o decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que es otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento: Juez de Juzgamiento Unipersonal y/o Colegiado, que no realizaría un prejuzgamiento de los hechos materia de investigación si tuviera que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada, tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción, que vinculen razonablemente al procesado con los hechos que se le imputan, pues solo se prevé excepcionalmente que se pueda decidir la admisibilidad de la prueba penal rechazada por el Juez de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia o cuando se haya descubierto con posterioridad, debiéndose formar convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral. Garantía de imparcialidad que también se busca resguardar y se extiende en los supuestos en que el caso de fondo se encuentre con sentencia condenatoria en grado de apelación ante la Sala Penal Superior; que además no permitiría que haya derecho al recurso, por ser esta la última instancia.

Séptimo. En el mismo sentido, el inciso dos del artículo trescientos veintitrés del Código Procesal Penal, señala que: "el Juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para (...) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y –cuando corresponda– las medidas de protección ...". De ello se deriva entonces, que es el Juez de la Investigación Preparatoria el que, garantizando el derecho de las partes, deberá citarlos a la audiencia de prolongación de prisión preventiva, escenario en el que evaluadas las circunstancias propuestas resuelva el pedido, atendiendo y analizando debidamente la posición de las partes, ello en el estadio en el que se encuentre el proceso, sin que tal situación signifique que la Sala Penal Superior al resolver el tema de fondo pueda desconocer lo resuelto por el Juez de la Investigación Preparatoria con los efectos perniciosos que se pudieran obtener por el proceso, como sería el hecho de que en los casos que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, el encausado quede en libertad y se sustraiga a la acción de la justicia. Ello

pues, el artículo doscientos setenta y siete del Código Procesal Penal, indica: “El Juez debe poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación preventiva”.

Octavo. En conclusión, a efectos de salvaguardar tanto el principio de imparcialidad como el de pluralidad de instancias –esto último, pues se daría lugar a que en virtud del recurso de apelación la parte que se considere afectada pueda recurrir lo decidido por el Juez de la Investigación Preparatoria, ante el Superior Jerárquico–, se hace necesario establecer vía desarrollo jurisprudencial, que el encargado de resolver el pedido de prolongación de prisión preventiva, en todos los casos, es el Juez de la Investigación Preparatoria, conforme se ha procedido en el presente proceso”

5.3 Ratifican que prórroga o ampliación de prisión preventiva es una figura procesal inexistente.

**Casación N.º 708-2016/Apurímac
13 de septiembre de 2016**

“TERCERO. El primer motivo de casación admitido refiere a: “Si corresponde el requerimiento de prórroga o ampliación de prisión preventiva, cuando el plazo otorgado por el Juez es menor a los plazos de duración establecidos en el artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal, y su sustento legal”.

CUARTO. Al respecto, el principio de legalidad establece que los derechos fundamentales –como el de libertad personal– solo pueden ser restringidos por ley, en cuanto voluntad legítima de la Nación; en ese mismo sentido, la Constitución Política del Estado en el apartado b del inciso veinticuatro del artículo dos señala que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley; y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal protege la legalidad de las medidas limitativas de derechos, prescribiendo que solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley.

QUINTO. En consecuencia, deriva del principio de legalidad de las medidas limitativas de derecho –como la prisión preventiva– que no puede haber más supuestos que los que la ley señala de forma expresa. En ese sentido, la Sala Penal Especial, en la Apelación número tres – dos mil quince “veintidós”, fundamento octavo, señala: “[...] como conclusión básica el principio de legalidad en las medidas de coerción exige que: i) No se puede aplicar si no

está previsto por ley previa. ii) Deben ser aplicados en los estrictos términos delimitados por ley”.

SSEXTO. Así, se tiene que el artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal establece la duración de la medida de prisión preventiva, siendo nueve meses el plazo límite para procesos simples y dieciocho meses para procesos complejos. Del mismo modo, establece su prolongación en el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro del mismo Texto legal: “Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral dos del artículo doscientos setenta y dos.”

SÉPTIMO. En consecuencia, se desprende que la prórroga o ampliación no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal. Al respecto, esta Suprema Sala ha establecido como doctrina jurisprudencial la Casación número ciento cuarenta y siete – dos mil dieciséis – Lima, fundamento dos. dos.cuatro, “[...] el requerimiento del fiscal con la denominación de prórroga o ampliación no existe; por lo que, cuando se ha solicitado aquello, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado, salvo que con arreglo al artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal, solicitare al Ministerio Público la prolongación de la prisión preventiva”.

OCTAVO. Respecto al segundo punto a desarrollar: “Si la prolongación de prisión preventiva regulada en el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro del acotado Texto legal, solo es aplicable una vez concluido el plazo de nueve meses en caso de procesos simples y de dieciocho meses en caso de procesos complejos”.

NOVENO. Cabe precisar que si el representante del Ministerio Público requirió prisión preventiva por un plazo menor o igual al máximo establecido en el artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal, agotado lo concedido por el Juez, el Fiscal –en atención al principio de legalidad– podrá requerir únicamente la prolongación de esta medida limitativa de derecho, contemplada en el numeral uno del artículo doscientos setenta y cuatro del citado Texto legal; es decir, una vez dictada la prisión preventiva por un plazo menor al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva; conforme ha quedado establecido en la Casación número ciento cuarenta y siete –dos mil dieciséis– Lima, fundamento dos. cuatro.

DÉCIMO. En conclusión, la prórroga o ampliación de la prisión preventiva es una figura procesal inexistente; por lo que, culminado el plazo primigenio otorgado –aun cuando este sea menor al máximo establecido en el artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal– el Fiscal podrá solicitar únicamente su prolongación.”

5.4 Plazo para solicitar la confirmatoria de una incautación en casos de flagrancia delictiva.

Casación N.º 57-2010/La Libertad.

19 de abril de 2011

“Tercero: (...) La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria. A. En los casos de flagrancia delictiva –en las modalidades reconocidas por el artículo doscientos cincuenta y nueve del Código Procesal Penal– o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible... la regla es que ejecutada la medida por la Policía motu proprio o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que pueda ser confirmatoria de la decisión instada por el fiscal o desaprobatoria de la incautación policialfiscal. La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno – el mismo día o a más tardar el día siguiente (...) La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución (...) o después de ella (...). En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto –de nulidad absoluta e insubsanabilidad–, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación. La confirmación judicial debe solicitarse “inmediatamente” (artículo doscientos tres, inciso tres y trescientos diecisiete, inciso dos del Nuevo Código Procesal Penal). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad. La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como

actividad compleja que, sin embargo, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial –al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación– no determina irremediamente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación –sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso –. Su incumplimiento no está asociado, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad –requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes– (...)

5.5 Prolongación del registro personal.

Casación N.º 253-2013/Puno

20 de noviembre de 2014

“2.2. RESPECTO AL REGISTRO DE PERSONAS

2.2.1. El registro de personas está regulado en el artículo 210 del Código Procesal Penal, normatividad que presenta los supuestos requeridos para su procedencia; así, el inciso 1 del referido artículo precisa: “La Policía, por sí –dando cuenta al Fiscal– o por orden de aquél, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización e invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien s presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones”. En esa línea, siempre que se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no podrá posponerse o dilatarse el registro personal cuando haya razón fundada para considerar que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados al delito.

2.2.2. La referida restricción encuentra sustento, en primer lugar, en que la prolongación del registro puede contribuir a la desvinculación del citado bien de parte del intervenido, ya sea por destrucción, ocultamiento o alejamiento, mermando con ello la actividad previa a dicho registro y el registro mismo. En segundo lugar en que la prolongación del registro personal puede traer a colación argumentos referentes a que pudo ser un tercero quien

puso el bien registrado al intervenido, en lenguaje sub estándar: “siembra”, mermando la fuerza probatoria del registro.

2.2.3. La prolongación del citado registro puede ser viable solo si se omite dar cuenta al representante del Ministerio Público –a excepción de los casos de flagrancia–. No obstante, puede ocurrir que aun cuando se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no concurren garantías necesarias para practicar el registro, pues éste debe ser realizado en un contexto de respeto a la dignidad y pudor de la persona, ello en concordancia con el numeral 2 del artículo 210 del Código Procesal Penal, el cual precisa “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, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación”.

2.2.4. Además, existen situaciones, no previstas por la norma, pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal: a. Cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro. b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo. c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro. 2.2.5. Ahora bien, cuando concurra alguno de los supuestos referidos en el considerando precedente y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro, siendo de aplicación extensiva lo previsto en el artículo 240 del Código Procesal Penal. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

6. PROCESOS ESPECIALES

6.1 Sobre el delito flagrante en el proceso inmediato.

Casación N.º 842-2016/Sullana.

16 de marzo de 2017

“**TERCERO.** Que el artículo 446, numeral 1), literal a), del Código Procesal Penal, estatuye que el proceso inmediato procede cuando, entre otros supuestos, “el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259”. La norma de remisión (artículo

259 del citado Código), en el inciso tercero, dispone que existe flagrancia, y permite la detención por la Policía, cuando: “3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, [...], y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas producido el hecho punible”.

En estos casos, como es obvio por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales –la flagrancia, como institución procesal, tiene un objetivo instrumental para facilitar la actuación de la autoridad policial o para instituir procedimientos simplificados y céleres–, la interpretación de las normas que lo autorizan, por sus efectos, debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal.

CUARTO. Que la flagrancia es una institución procesal de carácter instrumental o medial, a cuyo amparo se autoriza que la autoridad penal pueda realizar determinados actos de limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción o medidas instrumentales restrictivas de derechos) con fines de investigación del delito y, en su caso, poder instaurar procedimientos simplificados que dan lugar a una decisión célere. El delito flagrante es lo opuesto al delito clandestino; y, como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente. La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo –la flagrancia se ve, no se demuestra– y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume, por ello, que todos los elementos del hecho están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido (Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 8-A, de uno de junio de dos mil dieciséis).

Lo últimamente expuesto, de uno u otro modo, se recoge en el citado artículo 259, apartado 3 del Código Procesal Penal, más allá de la dudosa extensión en la captura del delincuente de hasta veinticuatro horas después

del hecho delictivo. Se trata de la denominada *cuasi flagrancia*, en cuya virtud el delincuente, sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo –pero siempre en el mismo teatro de los hechos–, por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual ha sido reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía o, en todo caso, por un testigo presencial –este último puede ser el acompañante del agraviado o un tercero que se encontraba por el lugar de los hechos–.

Ser testigo presencial del delito –*verbigracia*: víctima, policía, sereno u otra persona– importa que directamente y a través de sus sentidos expone acerca de lo que observó y esta observación está referida, precisamente, a la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado –su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas [Diccionario del Español Jurídico, RAE–CGPJ, Madrid, 2016, páginas 1575/1576]–; y, por tanto, en tanto prueba indirecta –al no haber sido percibidos los hechos con sus sentidos–, su información debe ser contrastada por el testigo fuente, que sería el presencial.

Cabe acotar, desde ya, por su carácter de medio de prueba subsidiaria, sirve (i) para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de las circunstancias sobre las que declara, (ii) para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo –presencial o de referencia inclusive–, o (iii) para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas –por ejemplo, para coadyuvar a lo que sostiene el testigo único– (SSTSE de treinta de abril de dos mil trece y de treinta de septiembre de dos mil dos)."

**6.2 ¿Puede el juez adecuar un proceso común a un proceso inmediato?
Casación 244-2016/La Libertad.
20 de julio de 2018**

"NOVENO. En el acuerdo plenario precitado, se ha tenido en cuenta, que el juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción grave. El proceso inmediato consta de dos fases procesales: la audiencia de incoación y la audiencia única de juicio; la solicitud procesal de incoación del proceso inmediato, se encuentra sujeta a dos momentos procesales, siendo el primero de ellos, que se trate de un

delito flagrante, que el imputado se encuentre sujeto materialmente a una detención efectiva y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. Se contempló también el caso que la prueba pericial, resulte fundamental para la acreditación del delito y citó como casos, solo a título enunciativo, el tráfico ilícito de drogas, entre otros varios en que la prueba pericial es especialmente relevante.

DÉCIMO. Expuestos los hechos y dado que la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 2-2016-CIJ-116, ha dejado establecido para casos como el presente, en que pueda surgir una incidencia respecto al trámite de un proceso, sea común o sea inmediato, es preciso dejar establecido que si bien los medios de defensa técnicos como las excepciones, pueden resolverse de oficio por el juez, ello debería tener lugar luego de un análisis concienzudo no solo de las circunstancias de la intervención en flagrancia, para decidir el proceso inmediato, sino y además, el de no afectar en general el derecho a la prueba y en específico el principio acusatorio que permite al fiscal, como titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba, conforme al artículo IV, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, decidir la investigación preparatoria para el acopio de los elementos probatorios necesarios que hagan exitosa la prosecución de la acción penal y consecuentemente la efectivizarían del ius puniendi (derecho a sancionar), cuando no cuente con aquellos para incoar un proceso inmediato. En el presente caso, la decisión del fiscal de iniciar investigación preparatoria, lo fue con el objeto de dar cumplimiento al artículo 321.1 del Código Procesal Penal.

7. MEDIOS IMPUGNATORIOS

7.1 Audiencia de apelación y presencia del imputado.

Casación N.º 183-2011/Huaura.

05 de septiembre de 2012

“4.1. Respecto a la Convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación.

(...)

4.1.4. Que, de lo expuesto, entonces, es de colegirse extensivamente que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo, con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha

ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal prevé a su favor, en consecuencia, la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia, no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal.

4.1.5. Que, en cuanto a lo alegado por el recurrente en el sentido que ante la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación, los Jueces Superiores no disponen previamente su conducción coactiva y declararlos contumaces, cabe indicar que dicha disposición contenida en la parte final del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés, debe ser aplicada, caso por caso y no en forma definitiva, general e indiscriminada, ello pues en algunos casos concretos, la prueba de cargo conocida por el órgano jurisdiccional en segunda instancia puede ser tan débil e insuficiente para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería razonablemente inadecuado disponer la conducción coactiva del imputado recurrido o su declaración de contumaz, cuando su presencia – que puede ser incluso convalidada con la asistencia de su abogado defensor – no sea determinante para definir la decisión judicial, entonces resulta adecuado precisar que en función a la naturaleza de los hechos y la prueba de cargo y de descargo que exista en cada caso particular, el Juzgador podrá adoptar la decisión que considere pertinente, proporcional y razonable en cada uno de ellos, sin que la no imposición de las medidas anotadas en la parte final del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal signifique per se afectación al debido proceso.

4.2. Sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia por las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia

4.2.1. Que, respecto a la diligencia de lectura de sentencia, debe indicarse que en el Código Procesal Penal existen normas genéricas que regulan su desarrollo tras el juicio oral llevado a cabo tanto por el Juzgado Unipersonal o Colegiado, respectivamente, como se advierte del Título VI – artículo trescientos noventa y dos y siguientes – de la Sección III del citado Texto Legal – al respecto, el inciso tres del artículo trescientos noventa y seis establece lo siguiente: “...La sentencia quedará notificada con su lectura

integral en audiencia pública...” – como las específicas vinculadas a la lectura de sentencia en segunda instancia, que se encuentra regulada en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado; que el inciso cuatro de este dispositivo legal señala: “...La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia...”, que de ello se puede precisar entonces que ya sea la sentencia de primera o de segunda instancia, es un supuesto normativo de ineludible cumplimiento por los órganos judiciales su lectura en audiencia pública – sin perjuicio de reconocerse lo estipulado en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Penal que establece, “... Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan...”–.

7.2 Excepciones al principio de inmediación en la valoración de la prueba personal en segunda instancia.

Casación N.º 634-2014/Arequipa

03 de febrero de 2016

“2.3. SOBRE EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y EL JUICIO ORAL (PRIMERA INSTANCIA)

2.3.1. El primer inciso del artículo 356º del Código Procesal Penal determina los principios que regula y se activan en el desarrollo del juicio oral, señalando que “(...) rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción de la actuación probatoria”, advirtiéndose que su inobservancia acarrea la infracción de la garantía constitucional del debido proceso. Asimismo, los incisos primero y segundo del artículo 359º del citado Código regulan y garantizan la presencia del Juzgador y de las partes en el desarrollo del juicio oral, precisándose que la actuación probatoria (de cargo o descargo) deberá desarrollarse en presencia del juzgador de instancia que emitirá la sentencia respectiva, salvaguardándose así la vigencia del principio de inmediación.

2.3.2. De esta manera, se aprecia que el principio de inmediación se presenta en todos los periodos de la etapa del juicio oral, esto es, periodo inicial

(actos preliminares del juicio y alegatos de apertura), periodo probatorio (declaración del acusado y testigos, examen del perito, exhibición y debate de la prueba material, y examen de la prueba documental y documentada, entre otros), periodo de alegatos (posición de las partes) y periodo decisorio (deliberación y sentencia), pues el juzgador está en constante y estrecha vinculación con la actuación de la prueba, excluyéndose así toda intermediación fútil que pueda generar una indebida valoración de la prueba. Así, se aprecia que el principio de inmediación, en conexión con la regla de la sana crítica, influye en la deliberación de la causa, pues el juzgador luego de presenciar la actuación probatoria (la formación de la prueba), la valora y se genera convicción respecto a los hechos litigiosos, precisándose que dicha convicción atiende, además, a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, conforme lo exige el segundo inciso del artículo 393° del Código Procesal Penal.

2.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

2.4.1. La garantía constitucional de la doble instancia (inciso sexto del artículo 139° de la Constitución), que “tiene por objeto garantizar que todo justiciable tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” –[STC Exp. N.° 1755-2007-PA/TC, fundamento jurídico cuarto]–, precisa que su materialización se produce en el sistema de impugnación que posee cada jurisdicción, siendo que nuestro sistema procesal penal lo recoge en el Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

2.4.2. Al respecto, cabe precisar que el recurso de apelación es “(...) un recurso impugnatorio por el cual, quien se considere perjudicado por una resolución judicial o el Ministerio Público, puede acudir ante el órgano superior inmediato, a fin de que se vuelva a analizar lo actuado y se dicte otro fallo, lo cual supone una nueva valoración de las pruebas” –[CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal. Teoría y jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 488-489]–, configurándose así como el medio impugnatorio por excelencia en el sistema procesal penal peruano, regulado en la sección IV del Libro Cuarto del Código Adjetivo, advirtiéndose que su normatividad delimita su grado de actuación en estricto cumplimiento de las formalidades exigidas. Así, se tiene que en el nuevo modelo procesal penal es viable el ofrecimiento de pruebas en segunda instancia (apelación), las cuales serán admitidas conforme a lo establecido en el segundo inciso

del artículo 422° del citado Código, desarrollándose la respectiva audiencia, conforme a lo previsto en el artículo 424° del Código Procesal Penal.

2.4.3. En ese sentido, lo alegado en el recurso de apelación será materia de examen por el Juzgador de mérito, respetando el principio *tantum appellatum quanto devolutum* (inciso primero del artículo 409° del Código Adjetivo), consistente en la prohibición de que el Tribunal de mérito se pronuncie por aquello que no haya sido impugnado. No obstante, se advierte que el Juzgador de mérito está sujeto a lo establecido en el artículo 425° al momento de su deliberación y análisis de la prueba actuada en segunda instancia y de las pruebas pericial, documental, preconstituida, anticipada y personal.

2.4.4. De esta manera, en el segundo inciso del artículo en mención el legislador otorga facultades de valoración probatoria al juzgador de mérito, indicándose estas posibilidades: i) se valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, y ii) se valorará la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se advierte, entonces, que el principio de inmediación estará presente al momento de actuarse la nueva prueba en la audiencia de apelación, permitiéndose así un reexamen pleno del acervo probatorio existente. Asimismo, se produce una excepción al principio de inmediación en cuanto a la valoración de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, pues se permite su reexamen por parte del juzgador de mérito, sin que éste haya presenciado en audiencia la formación de estos medios probatorios.

2.4.5. Al respecto, se tiene que la prueba personal si bien puede ser valorada en grado de apelación por el juzgador, no obstante, ésta no podrá tener diferente valor probatorio; así lo establece la segunda parte del inciso segundo del artículo 425° del Código Procesal Penal: “La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia”. Sin embargo, esta regla de valoración de la prueba personal puede ser modificada, exclusivamente en una situación: “[cuando] su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia” –extremo final de la segunda parte del inciso segundo del artículo 425° del Código Adjetivo–, advirtiéndose que la prueba personal será valorada siempre que: primero, se haya admitido nueva prueba en segunda instancia, y, segundo, que ésta haya sido actuada en la audiencia de apelación. En ese sentido, se observa que el principio de inmediación desarrollado en la actuación de medios probatorios en audiencia de apelación permite el reexamen de una prueba personal, pese a que ésta haya sido actuada ante el juzgador de instancia.

2.4.6. Sin embargo, cabe precisar que en cuanto a la valoración de la prueba personal la jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal ha precisado determinadas excepciones al principio de intermediación en su valoración por el Tribunal de mérito. Así, en la Casación N.º 05-2007-Huaura *del* once de octubre de dos mil siete, en su fundamento jurídico séptimo, refirió que si bien el Tribunal de alzada no puede modificar la valoración del contenido de la prueba personal, en atención al principio de intermediación y de oralidad, sin embargo, precisó que existen “zonas abiertas” accesibles al control, en situaciones referidas al contenido de la prueba personal. Siguiendo esa línea jurisprudencial, la Casación N.º 03-2007-Huaura del siete de noviembre de dos mil siete, en su fundamento jurídico undécimo, reiteró que el contenido de la prueba personal puede ser merituada por el Juzgado de mérito, siempre que ésta haya sido entendida con manifiesto error, sea imprecisa, dubitativa, o haya podido ser desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia.

2.4.7. En la Casación N.º 54-2010-Huaura *del* tres de marzo de dos mil once, en su fundamento jurídico décimo primero, se define a la intermediación “como principio y presupuesto, [que] permite el acercamiento del Juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir una sentencia justa (...) [precisando que] si el Colegiado Superior no tiene ante sí al testigo (prueba personal) es imposible que le otorgue diferente valor probatorio sin la actuación de otros medios probatorios que la cuestionen”. Asimismo, la Casación N.º 87-2012-Puno del dieciocho de junio de dos mil trece, en su fundamento jurídico séptimo, indicó que el principio de intermediación “tiene como finalidad mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto con el Juzgador de una parte, los litigantes y la totalidad de los medios probatorios de la otra desde el comienzo del proceso hasta la sentencia final”; además, en su fundamento jurídico noveno, precisa que “el principio de intermediación se encuentra vinculado al principio de oralidad, la intermediación es una condición necesaria para la oralidad, (...) es el acercamiento que tiene el juzgador con todo[s] los elementos que sean útiles para emitir sentencia. (...) En consecuencia, la intermediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación de conciencia con el que será expedido el fallo”.

2.4.8. En la Casación N.º 195-2012-Moquegua del cinco de setiembre de dos mil trece, referida a la institución denominada “condena del absuelto”, se desarrolló en su considerando décimo segundo el principio de intermediación

en relación al juicio oral de primera y segunda instancia, precisando que “la nueva regulación [Nuevo Código Procesal Penal] importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque ésta requiere intermediación, de la que carece el órgano Ad quem” –véase punto “12.5.2” de la citada ejecutoria–, más aún si considera que el principio de intermediación, en relación al principio de oralidad, constituyen el mecanismo idóneo para la formación de la convicción del juzgador –véase punto “12.2.11” de la citada ejecutoria–. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Casación N.º 385-2013-San Martín del cinco de mayo de dos mil quince, referida a la institución de la “condena del absuelto”, en su fundamento jurídico “5.16”, señala que si bien el juzgador Ad quem no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal, sin embargo, “si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia”.

2.4.9. En consecuencia, en nuestra jurisprudencia se ha establecido que excepcionalmente la prueba personal sí es susceptible de valoración por el Tribunal de mérito, siempre que la valoración realizada por el Juzgador de instancia infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, además de las garantías exigidas por el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 –[ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación]–; precisándose que el Juzgador de mérito podrá valorar y/o controlar la prueba personal en aquellas zonas abiertas de su declaración, es decir, “los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia” –Casación N.º 03-2007-Huaura, fundamento jurídico undécimo–, además de otorgarle un diferente valor probatorio en la sentencia de vista, situaciones que en ningún modo infringe alguna garantía constitucional.

2.4.10. En ese sentido, al advertirse que el Juzgador de mérito accede a la prueba personal actuada en primera instancia a través de medios técnicos de grabación u otro mecanismo técnico que reproduzca las actuaciones probatorias del juicio oral, se tiene que el citado Juzgador reexamina la prueba personal, a efectos de detectar alguna infracción normativa en su valoración, mas no está permitido a otorgarle un diferente valor probatorio, salvo en las excepciones señaladas en el considerando anterior; precisándose

se que la variación del valor probatorio de la prueba personal en segunda instancia, por sí sola, no será suficiente para sustentar una sentencia de vista que perjudique la situación jurídica del procesado, más aún si existen medios probatorios de otra naturaleza (prueba documental, pericial, entre otras) que contradicen su valoración.”

II.
DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS RELEVANTES



REGLAMENTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y ACUERDO REPARATORIO

Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1245-2018

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Objetivo

El presente Reglamento constituye una herramienta de gestión para la eficaz aplicación del Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio en la investigación preliminar o diligencias preliminares, conforme a lo previsto en el artículo 2º del Código Procesal Penal.

Artículo 2º.- Finalidad

La finalidad del presente documento es asegurar la correcta aplicación del Principio de Oportunidad y el Acuerdo Reparatorio, de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Penal, dando las pautas principales para el eficaz accionar de los Fiscales en el marco de este Principio.

Artículo 3º.- Ámbito de Aplicación

El presente Reglamento será de aplicación obligatoria para las Fiscalías Provinciales Penales, Mixtas, y de Tránsito y Seguridad Vial en todos los Distritos Fiscales del país.

Artículo 4º.- Conceptos del Principio de Oportunidad y del Acuerdo Reparatorio

El Principio de Oportunidad es un instrumento legal que faculta al Fiscal a que discrecionalmente, en los casos previstos en la norma y con el consentimiento del imputado, pueda abstenerse de ejercitar la acción

penal, ello sin perjuicio de procurar satisfacer íntegramente los intereses del agraviado, cuando corresponda.

El Acuerdo Reparatorio es una herramienta procesal donde el Fiscal de Oficio, o a pedido del imputado o de la Víctima propongan un acuerdo y convienen, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la facción penal.

Artículo 5°.- Base legal

Constituye la Base Legal del presente Reglamento las siguientes normas:

- Constitución Política del Perú.
- Decreto Legislativo N.° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público
- Decreto Legislativo N.° 957, Código Procesal Penal y sus modificatorias

TÍTULO SEGUNDO DE LA PROCEDENCIA

Artículo 6°.- Calificación

Para que el Fiscal considere procedente la aplicación del Principio de Oportunidad y el Acuerdo Reparatorio, deberá contar con los elementos de convicción que acrediten la existencia del delito y la vinculación del imputado con éste.

Artículo 7°.- Supuestos de procedencia del Principio de Oportunidad

El Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, conforme a los incisos 1 y 8 del artículo 2° del Código Procesal Penal, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.
- b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

- c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, 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.
- d) En los casos en que el agente esté comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E del Código Penal.

En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del presente artículo, será necesario que el agente repare los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

En el supuesto comprendido en el inciso d), el Fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal luego de la verificación correspondiente de que el agente haya suspendido 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 promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el artículo 2o del Código Procesal Penal.

Artículo 8°.- Supuestos de procedencia del 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 y 215 del Código Procesal Penal, y en los delitos culposos, procederá un Acuerdo Reparatorio. 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.

Artículo 9°.- Precisiones sobre el inciso 9 del Artículo 2° del Código Procesal Penal

- a) No procede la aplicación de Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio cuando el imputado tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal; para lo cual el Fiscal deberá agenciarse de la documentación pertinente.

- b) Cuando el imputado, sin ser reincidente o habitual, se haya acogido y cumplido el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio en dos ocasiones, y se trate de delitos de la misma naturaleza o que atente contra el mismo bien jurídico, no resulta procedente una tercera aplicación dentro de los cinco años desde la última Disposición o Resolución de abstención de la acción penal; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación.
- c) No resulta procedente el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio, cuando el imputado, sin ser reincidente o habitual, se acogió y cumplió con el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio y haya cometido nuevo delito dentro de los cinco años, computándose este plazo desde la Disposición o Resolución de abstención de la acción penal hasta la comisión del nuevo delito; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación.
- d) Cuando el imputado, 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, no procederá una nueva aplicación.

TÍTULO TERCERO DEL PROCEDIMIENTO Y LA AUDIENCIA ÚNICA

Artículo 10°.- Trámite de la Audiencia de Principio de Oportunidad

La Audiencia Única del Principio de Oportunidad, deberá llevarse a cabo bajo el siguiente procedimiento:

- a) Ante la inconcurrencia de las partes o alguna de ellas, el Fiscal dejará constancia en el acta respectiva, pudiendo en dicho acto señalar la fecha y hora para una segunda citación, de ser necesario.
- b) Si en la segunda citación no asiste el imputado, el Fiscal procederá conforme a sus atribuciones; en el caso que no asista el agraviado pero concurra el imputado, excepcionalmente, si el Fiscal cuenta con los elementos suficientes para determinar el monto de reparación civil, lo fijará razonablemente.
- c) En caso que las partes asistan a la Audiencia Única de Principio de Oportunidad, el Fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la Reparación Civil, forma de pago, plazo, el

o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordará.

- d) En caso que las partes arriben a un acuerdo, el Fiscal dejará constancia en el acta de los extremos del mismo, detallando el modo y forma en que deberán ser cumplidos; para llegar al acuerdo bastará con el consentimiento del imputado a efecto de acogerse al Principio de Oportunidad.

Artículo 11°.- Trámite de Audiencia de Acuerdo Reparatorio

El Trámite de Audiencia Única del Acuerdo Reparatorio, deberá llevarse a cabo bajo el siguiente procedimiento:

- a) Si se ignora el domicilio o paradero del imputado, el Fiscal promoverá la acción penal.
- b) Ante la inconcurrencia de las partes o de alguna de ellas, el Fiscal dejará constancia en el Acta respectiva debiendo en dicho acto señalar día y hora para una segunda citación.
- c) De no concurrir las partes o alguna de ellas a la segunda citación, se procederá en ejercitar la acción penal.
- d) En caso que las partes asistan a la Audiencia Única, el Fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la Reparación Civil, forma de pago, plazo, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordará.
- e) De concurrir las partes y no se arribase a ningún acuerdo el Fiscal promoverá la acción penal.

Artículo 12°.- Convocatoria a la Audiencia Única

Si el Fiscal, considera procedente el Principio de Oportunidad, emitirá el documento pertinente para convocar a las partes involucradas, a fin de llevar a cabo la audiencia respectiva. Para tales efectos, el Fiscal podrá convocar a las partes hasta en dos oportunidades, de ser el caso.

En los casos que proceda el Acuerdo Reparatorio, el Fiscal emitirá el documento pertinente para convocar a las partes involucradas, a fin de llevar a cabo la audiencia respectiva. Si el imputado no concurre a una segunda citación el Fiscal procederá de acuerdo a sus atribuciones.

TÍTULO CUARTO DEL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

Artículo 13°.- Plazo del Pago

Cuando las partes acuerden en Audiencia el plazo del pago de la Reparación Civil, el Fiscal procurará que el mismo sea lo más breve posible y no exceda de los nueve meses; en el supuesto que dicho plazo sea fijado por el Fiscal, podrá ser establecido de acuerdo a las circunstancias del caso, el mismo, que no podrá ser superior a nueve meses conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2° del Código Procesal Penal. En ambos casos la Disposición o Resolución de abstención de la acción penal se emitirá una vez cumplido el acuerdo.

En caso que las partes, lleguen a un acuerdo y este conste en documento público o documento privado legalizado notarialmente, el Fiscal emitirá la Disposición de la abstención de la acción penal.

Artículo 14°.- Del Apercibimiento ante el Incumplimiento del Acuerdo

El Fiscal, en el acta de aplicación del Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio, deberá fijar el apercibimiento expreso de ejercitar la acción penal, en caso del incumplimiento de algunos de los extremos del acuerdo arribado.

Artículo 15°.- De la Entrega de los Certificados

Si las partes establecieran que la forma de pago será mediante Depósito Judicial, la parte agraviada deberá solicitar al Fiscal, la entrega del o los certificados por concepto de Reparación Civil para cuyo efecto se procederá a endosar el respectivo certificado a su favor. En el caso de las consignaciones a favor del Ministerio Público, el Fiscal procederá a endosar el certificado a favor de la Gerencia de Tesorería de la Gerencia Central de Finanzas del Ministerio Público. En el caso que se celebre un Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio y ante la imposibilidad de realizar un depósito bancario inmediato, el Fiscal podrá mantener en custodia el monto de la reparación civil para efectuar el depósito, en el más breve plazo.

Artículo 16°.- De la Custodia de los Certificados

Las Fiscalías Provinciales Penales de Lima, remitirán para su custodia de forma mensual los certificados emitidos por las Consignaciones a la Gerencia

de Tesorería de la Gerencia Central de Finanzas del Ministerio Público. En el caso de los demás Distritos Fiscales, los certificados serán remitidos en el mismo plazo al Administrador del Distrito Fiscal.

TÍTULO QUINTO DISPOSICIONES FINALES

Artículo 1°.- Adecuación

Las normas procedimentales que se hayan dictado con ocasión de la aplicación del Principio de Oportunidad y del Acuerdo Reparatorio deberán adecuarse al presente Reglamento.

Artículo 2°.- Vigencia

El presente Reglamento entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

**REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1301,
DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO
PROCESAL PENAL PARA DOTAR DE EFICACIA AL PROCESO
ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ**

Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Decreto Legislativo N.º 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz tiene por objeto fortalecer la lucha contra la delincuencia común, la corrupción y el crimen organizado, para dotar de operatividad el proceso especial por colaboración eficaz;

Que, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1301, mediante Decreto Supremo del Poder Ejecutivo, se aprueba el Reglamento del citado dispositivo legal;

Que, se requiere reglamentar el presente Decreto Legislativo, a fin de dotar de eficacia a la aplicación del proceso especial de colaboración eficaz, esclareciendo los trámites de cada una de las fases del proceso, los principios que lo rigen, los sujetos intervinientes, las medidas que se pueden aplicar al colaborador y la eficacia de la información aportada por éste;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprobación

Apruébese el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al

proceso especial por colaboración eficaz, el cual consta de cuatro (04) Títulos, seis (06) Capítulos, cuarenta y ocho (48) Artículos, que como anexo forma parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por la Ministra de Justicia y Derechos Humanos.

Artículo 3.- Publicación

El presente decreto Supremo es publicado en el Diario Oficial el Peruano y el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1301 aprobado en el artículo 1 de la presente norma, se publicará en el Portal Institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el mismo día de la publicación del Decreto Supremo en el diario oficial.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA: Designación de enlace en el Instituto Nacional Penitenciario – INPE

El INPE, en un plazo no mayor a tres (03) días hábiles, designará el personal que se encargará de articular con los Jueces y Fiscales, la ejecución de las medidas de aseguramiento, protección, coerción, excarcelación y conducción, que son competencia del INPE, reguladas en la presente norma.

SEGUNDA: Actualización de las Directivas del Instituto Nacional Penitenciario – INPE

El INPE en un plazo no mayor a treinta (30) días naturales, actualizará su normatividad interna, de conformidad con el presente Reglamento.

TERCERA: Seguimiento, Monitoreo, Evaluación y Difusión

La Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, está encargada del seguimiento, monitoreo y evaluación de la aplicación del proceso especial de colaboración eficaz; así como de la difusión y capacitación de la presente norma.

CUARTA: Aprobación Institucional

El Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio del Interior – Policía Nacional del Perú y la Dirección General de la Defensa Pública y Acceso a la Justicia, en un plazo no mayor de 30 días hábiles, deberán emitir las directivas pertinentes para la mejor aplicación del proceso especial de colaboración eficaz. A su vez, deberán elaborar interinstitucionalmente los protocolos necesarios para su mejor articulación.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA.- Aplicación a los procesos en trámite

Los procesos de colaboración eficaz que a la fecha de entrada en vigencia se encuentren en trámite, se adecuarán a lo previsto en el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1301.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO
Ministra de Justicia y Derechos Humanos

REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1301 QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA DOTAR DE EFICACIA AL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Para la aplicación de la presente norma, se emplean las siguientes definiciones

1. Colaboración Eficaz: es un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia.

2. Colaborador Eficaz: es la persona sometida o no a una investigación o proceso penal, o que ha sido condenada, que se ha disociado de la actividad criminal y se presenta ante el Fiscal o acepta la propuesta de este para proporcionar información útil, procurando obtener beneficios premiales.

3. Medidas de aseguramiento: son medidas dispuestas por el Juez a requerimiento del Fiscal para salvaguardar la incorporación de la información proporcionada por el colaborador en el proceso correspondiente.

4. Medidas de coerción: son medidas personales y reales, dispuestas por el Juez a requerimiento del Fiscal para garantizar la efectividad de la sentencia, en sus sanciones penales y civiles.

5. Medidas de protección: son medidas para preservar la vida y la integridad del colaborador ante un peligro o riesgo inminente que se presente contra aquel.

6. Delación: es el acto de proporcionar información útil que permita perseguir con eficacia las conductas delictivas graves o cometidas por organizaciones criminales, ejecutadas o por ejecutar, a efectos de obtener determinados beneficios premiales.

7. Reuniones Informales: celebradas entre el Fiscal y el colaborador de forma no programada, que tienen por finalidad que este último proporcione diversa información útil al proceso de colaboración eficaz, o que realice cualquier acto pertinente a la corroboración de su dicho.

8. Acuerdo de Beneficios y Colaboración: documento que contiene el acuerdo arribado entre el Fiscal y el colaborador, sobre los hechos corroborados, la utilidad de la información y la pertinencia de un beneficio.

Artículo 2.- Para la aplicación de la presente norma, se emplean los siguientes principios:

1. Autonomía: La colaboración eficaz es un proceso especial que se rige por sus propias reglas y no depende de otro proceso común o especial.

2. Eficacia: La información que proporciona el colaborador debe ser útil para el Fiscal en la persecución de los delitos graves.

3. Proporcionalidad: El beneficio que otorgue el Estado debe guardar relación entre la utilidad de la información brindada por el colaborador y la entidad del delito y la magnitud del hecho.

4. Oportunidad de la información: el colaborador debe permitir al Estado la eficacia de la persecución penal.

5. Consenso: La colaboración eficaz se basa en la manifestación expresa, voluntaria y espontánea del colaborador de someterse al proceso especial.

6. Oponible: La sentencia de colaboración eficaz, surte efectos sobre todos los procesos objeto del acuerdo.

7. Reserva: El proceso especial de colaboración eficaz sólo es de conocimiento del Fiscal, el colaborador y su defensor, el agraviado –en su oportunidad– y el Juez en los requerimientos formulados.

8. Flexibilidad: el Juez en el desarrollo de las actuaciones procesales deberá tener en cuenta la naturaleza especial del proceso por colaboración eficaz.

Artículo 3.- Estructura

1. La colaboración eficaz es un proceso especial, que requiere de la formación de una carpeta fiscal y expediente judicial propio. No se tramita como un incidente del proceso común.

2. Este proceso tiene las siguientes fases:

- a. Calificación
- b. Corroboración
- c. Celebración del acuerdo
- d. Acuerdo de beneficios y colaboración
- e. Control y decisión jurisdiccional
- f. Revocación.

TÍTULO II PROCESO

CAPÍTULO I FASE DE CALIFICACIÓN

Artículo 4.- Del colaborador

1. Podrá postular a ser colaborador eficaz aquel agente que se haya disociado de la actividad criminal y tenga la voluntad de proporcionar información eficaz para el esclarecimiento.

2. Debe de aceptar los cargos o no contradecirlos, total o parcialmente.
3. El solicitante podrá tener la calidad de procesado no procesado o sentenciado, por los hechos objeto de delación, o por hechos distintos.
4. Los hechos objeto de delación deberán ser especialmente graves y subsumirse en los tipos previstos en el numeral 2 del artículo 474 del CPP.
5. La información que se ofrezca revelar debe ser relevante, suficiente, pertinente, útil y corroborable. Debe permitir algunos o todos los supuestos del artículo 475.
6. El solicitante debe perseguir beneficios premiales legales y proporcionales.

Artículo 5.- De la solicitud

1. La solicitud de acogerse al proceso de colaboración eficaz puede ser escrita o verbal, ésta deberá contener:
 - a. Manifestación voluntaria y espontánea de someterse al proceso especial
 - b. Los alcances de su pretensión premial
 - c. Los hechos involucrados, y
 - d. Los conocimientos o información que éste aportará.
2. Las solicitudes escritas y verbales deberán ser ingresadas en un Registro Especial distinto al de los procesos comunes, el cual debe tener carácter reservado y no podrá ser consultado por el público.

Artículo 6.- Promoción y captación:

1. El Ministerio Público podrá proponer el procedimiento de colaboración eficaz a la persona que considere susceptible de brindar información, dando inicio al proceso.
2. La Policía Nacional podrá captar a la persona que considere susceptible de brindar información, debiendo comunicarlo inmediatamente al Fiscal, por la vía más célere, bajo responsabilidad.
3. Si otro funcionario o servidor en el cumplimiento de sus funciones, toma conocimiento de la disposición de una persona de someterse al proceso especial de colaboración eficaz, deberá comunicar inmediatamente al Fiscal,

cumpliendo la reserva del caso, bajo responsabilidad. Estando prohibido de realizar todo tipo de negociación o promesa.

4. Ningún otro funcionario o servidor podrá captar al postulante a colaborador eficaz.

Artículo 7.- Calificación Fiscal

1. Recibida la solicitud, el Fiscal se entrevistará con la persona que considere susceptible de brindar información – el postulante, a fin de tomar conocimiento de los hechos y verificará que se cumpla con lo previsto en el artículo 474 del CPP.

2. Cuando el postulante a colaborador eficaz se encuentre interno en un Establecimiento Penitenciario, el Fiscal lo entrevistará adoptando las medidas de seguridad tendientes a salvaguardar su identidad, bajo responsabilidad.

3. Cuando el Fiscal de oficio promueva la colaboración eficaz, aplicará el numeral 1 del presente artículo.

Artículo 8.- Nombramiento del colaborador

1. Si el Fiscal advierte que la información objeto de delación es útil, relevante y corroborable, nombrará al imputado postulante como colaborador eficaz, asignándole una clave.

2. El Fiscal que conoce la colaboración eficaz es quien le asigna la clave o código al colaborador, de conformidad con las directivas internas del Ministerio Público.

Artículo 9.- Asignación de clave

1. El Fiscal tomará las generales de ley del postulante a colaborador eficaz, que será acompañada con la copia de su documento de identidad y sus impresiones dactilares; el Fiscal procederá a asignarle la clave con la que se le identificará en el proceso especial, levantándose el acta de asignación de clave.

2. Cuando el caso lo requiera, el Fiscal dispondrá la reserva de los datos de su defensor.

3. El Acta no formará parte de la carpeta fiscal del proceso especial y será custodiada directamente por el Fiscal del caso, conforme a la normatividad interna del Ministerio Público.

4. El colaborador eficaz intervendrá en el proceso especial identificándose sólo con la clave asignada por el Fiscal, suscribiendo las actas personalmente. Asimismo, será asistido por su defensor de libre elección.

5. Si no contara con defensor de su libre elección, el Fiscal realizará las gestiones con el Director Distrital de la Defensa Pública y Acceso a la Justicia a fin que se le asigne un defensor público, quien conocerá del proceso especial hasta su culminación.

Artículo 10.- Solicitud de información de los cargos imputados al colaborador

1. En la entrevista el colaborador informará al Fiscal de todos los procesos que se siguen en su contra.

2. El Fiscal recabará mediante oficio y con carácter de urgente –sin hacer mención al proceso especial- copia certificada de las disposiciones o resoluciones de los procesos seguidos contra el colaborador a fin de conocer su estado. El Oficio deberá ser dirigido al Juez o Fiscal a cargo del proceso y remitido por la vía más célere y en sobre cerrado, precisándose cómo se deberá remitir la información.

3. Los despachos fiscales y judiciales atenderán las solicitudes formuladas por el Fiscal para efectos de conocer los cargos, antecedentes, denuncias y toda información relacionada, sin más trámite, expidiendo las copias o los informes requeridos. El Oficio de remisión deberá ser enviado por la vía más célere y en sobre cerrado.

4. En todo momento, el Fiscal coordinará directamente con los Jueces y Fiscales a cargo de los procesos; pudiendo emplear para ello, los mecanismos alternativos de comunicación –correo electrónico, teléfono, fax o medio análogo–.

CAPÍTULO II FASE DE CORROBORACIÓN

Artículo 11.- Inicio del procedimiento de colaboración eficaz

1. Una vez realizada la calificación, el Fiscal inicia el proceso de colaboración eficaz de manera reservada, a través de disposición debidamente motivada.

2. La disposición contendrá un análisis de:

- a. Los supuestos de procedencia
- b. Que no existan impedimentos legales
- c. Si el aporte ofrecido podría ser eficaz
- d. Si la información puede ser corroborada y
- e. Si permitirá alcanzar algunos de los supuestos del artículo 475 del CPP.

3. También se dispondrán las diligencias de corroboración precisando quien las tendrá a su cargo, conforme a la naturaleza del hecho objeto de delación y la formación de la carpeta fiscal de colaboración eficaz.

Artículo 12.- Autonomía del proceso especial de colaboración eficaz

1. De la delación del colaborador eficaz pueden derivarse otros procesos comunes o especiales, que se inician con la corroboración de sus declaraciones.

2. El proceso de colaboración eficaz puede guardar conexidad con otro proceso común o especial, donde el colaborador puede o no encontrarse procesado o sentenciado.

3. Cuando el colaborador eficaz se encuentre procesado, el proceso especial seguirá de forma independiente y, en el proceso común no variará su condición de procesado a consecuencia del mismo. Todo beneficio será otorgado dentro del proceso especial.

Artículo 13.- Sujetos procesales intervinientes en la fase de corroboración

1. Durante la fase de corroboración intervienen obligatoriamente el Fiscal y el colaborador.

2. Cuando el caso lo requiera, el Fiscal dispondrá que las diligencias de corroboración sean actuadas por la Policía Nacional, quien deberá actuar cuidando la reserva del proceso especial. Para dichos efectos, emitirán el Informe Policial respectivo.

Artículo 14.- Carpeta fiscal de Colaboración Eficaz

1. La disposición de inicio del procedimiento de colaboración eficaz ordena la formación de la carpeta fiscal de Colaboración Eficaz, la que debe contener:

- a) Las declaraciones del Colaborador
- b) Los actos procesales de corroboración documentados
- c) Los documentos aportados por el colaborador
- d) Las disposiciones y providencias de impulso
- e) Toda documentación pertinente al proceso especial.

2. Los requerimientos de medidas limitativas de derechos, medidas coercitivas, de protección y de aseguramiento obrarán en cuaderno aparte, conforme a su naturaleza.

3. Sólo tendrán acceso a la carpeta fiscal, el Fiscal, el colaborador y su defensor y, en su oportunidad, el agraviado.

Artículo 15.- Formación del expediente judicial de Colaboración Eficaz

1. Cuando el Fiscal remita al Juez Penal competente, el Acuerdo de Beneficios y Colaboración, adjuntará la carpeta fiscal de Colaboración Eficaz.

2. El Juez Penal competente, al recibir el requerimiento, formará el expediente judicial de Colaboración Eficaz el cual contendrá todas las resoluciones y actuaciones desarrolladas de conformidad con los artículos 477 a 480 del CPP.

Artículo 16.- Diligencias de corroboración

1. Los actos de investigación destinados a corroborar la delación del colaborador, conforme a su naturaleza, se rigen por las formalidades del Código Procesal Penal.

2. Si para corroborar lo dicho por el colaborador se requiere una medida limitativa de derechos, el Juez Penal competente evaluará su procedencia con proporcionalidad, conforme al estado del proceso.

3. Toda medida que restringe derechos fundamentales deberá ser autorizada por el Juez Penal competente.

4. Las diligencias de corroboración son reservadas.

Artículo 17.- Requerimiento de medidas limitativas de derechos en la fase de corroboración

1. Cuando el Fiscal requiera medidas limitativas de derechos con orden judicial, previstas en los artículos 207, 211, 214, 217, 218, 224, 226, 230, 233,

235, 236 y 237 del CPP, a fin de corroborar la información brindada por el colaborador, siendo necesario emplear la declaración del colaborador eficaz para motivarla, adjuntará una transcripción de las partes pertinentes de la misma –que será suscrita solo por el Fiscal-, preservando la reserva de su identidad.

2. Si el Juez Penal Competente, a efectos de resolver el requerimiento, requiere visualizar la declaración completa del colaborador, podrá requerirla al Fiscal, quien la exhibirá.

3. El Juez Penal Competente deberá preservar, bajo responsabilidad, la reserva de identidad del colaborador.

Artículo 18.- Diligencia de corroboración con internos reclusos en Establecimientos Penitenciarios

1. Cuando en el desarrollo de las diligencias de corroboración se requiera la conducción del colaborador eficaz fuera del Establecimiento Penitenciario donde se encuentre, el Fiscal aplicará el numeral 7 del artículo 473 del CPP.

2. La resolución que autoriza la conducción del colaborador eficaz, será comunicada vía oficio –que será remitido por correo electrónico y de forma física con carácter reservado- a la Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE –Sede Central. El Oficio consignará los datos de identificación del interno.

3. La Policía Nacional del Perú brindará el apoyo necesario para la seguridad de la diligencia; para ello, el Fiscal en su requerimiento precisará la dependencia policial que tendrá a su cargo la conducción, resguardo y custodia del colaborador eficaz.

Artículo 19.- Celebración de reuniones entre el Fiscal y el Colaborador

1. El Fiscal y el colaborador pueden sostener ser varias reuniones, incluso informales.

2. El colaborador puede asistir o no de su abogado defensor, en el último caso, se deberá consignar expresamente su renuncia.

3. Todas las reuniones serán documentadas, por el medio más idóneo, atendiendo a las circunstancias del caso.

4. Para la declaración del colaborador rige el numeral 2 del presente artículo y ésta siempre será redactada en tercera persona.

Artículo 20.- Convenio Preparatorio

1. Es el acuerdo preliminar que pueden suscribir el Fiscal y el colaborador donde se debe precisar:

- a. Los hechos objeto de delación
- b. Los cargos y procesos objeto de colaboración eficaz
- c. La voluntad expresa del colaborador de someterse a la justicia y colaborar, previa información de los alcances del proceso de colaboración eficaz.
- d. La forma de entrega de la información
- e. Los actos de corroboración de la información entregada
- f. Las obligaciones del colaborador en el proceso especial
- g. Los beneficios que pretende conseguir a través del proceso especial
- h. Otra información pertinente.

2. Para la firma del convenio preparatorio, se requiere el consenso de ambas partes. El colaborador debe estar asistido por su defensor.

3. La suscripción del Acuerdo de Beneficios y Colaboración, en los términos del Convenio Preparatorio, exige el cumplimiento de todas sus cláusulas o la mayoría de ellas.

Artículo 21.- Participación del agraviado

1. Concluidas las diligencias de corroboración, el Fiscal citará al agraviado a efectos de emplazarlo.

2. El Fiscal le explicará los alcances del proceso especial de colaboración eficaz y el resultado de lo actuado con relación a los hechos en su agravio. Asimismo, le informará los procesos derivados o conexos existentes como consecuencia de la delación del colaborador, dónde se encuentran y el valor de su aporte.

3. Seguidamente, le consultará si desea participar del proceso especial, de ser este el caso, le otorgará un plazo para que presente su pretensión civil.

4. Al formular su pretensión civil, podrá aportar los elementos de convicción útiles y pertinentes para su estimación. De ser el caso, podrá requerir al Fiscal que disponga diligencias de corroboración afines a su solicitud.

5. Si el agraviado no desea ejercer su pretensión civil, el Fiscal lo sustituirá en el acuerdo.

CAPÍTULO III

FASE DE CELEBRACIÓN DEL ACUERDO

Artículo 22.- Negociación

1. Finalizada las diligencias de corroboración, el Fiscal decidirá si considera procedente el Acuerdo de Colaboración Eficaz.

2. Si no deniega el acuerdo, procederá a negociar con el colaborador y su defensor los alcances del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.

3. Si el agraviado no ha presentado pretensión civil, el Fiscal evaluará su aplicación y, de ser el caso, acordará su monto.

Artículo 23.- Márgenes de negociación del Fiscal

1. De forma proporcional, el Fiscal, tomando en cuenta el grado de importancia de la colaboración, la magnitud del delito y la culpabilidad del colaborador, podrá acordar los siguientes beneficios:

- a. Exención de pena
- b. Remisión de la pena para quien la viene cumpliendo
- c. Disminución de la pena
- d. Suspensión de la ejecución de la pena.

2. La gradualidad de los beneficios es proporcional a la utilidad de la colaboración y su resultado, el cual puede ser:

- a. Prevenir o frustrar delitos futuros: Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución; o conocer las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva.
- b. Esclarecer delitos ya ejecutados: Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, identificar a sus autores; identificar a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o 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.

- c. Desarticulación de organizaciones criminales o delitos especialmente graves: Evitar la comisión de un delito de especial connotación y gravedad, esto es, que afecte bienes jurídicos difusos y genere repercusión nacional; identificar categóricamente y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva; y 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.

3. Los incisos a y b del numeral 1, se aplican sólo para lo previsto en el inciso c del numeral 2.

4. Los incisos c y d del numeral 1, se aplican para todos los casos, conforme a la discrecionalidad del Fiscal.

Artículo 24.- De los jefes o cabecillas o dirigentes de las organizaciones criminales

1. Tratándose de organizaciones criminales complejas, los jefes, cabecillas o dirigentes principales de éstas, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico u otra de carácter transnacional o interna con quien su organización realice operaciones. En este caso, las diligencias de corroboración deben acarrear como resultado la delimitación clara de la estructura de la organización criminal.

2. Los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, también podrán acogerse a los beneficios del numeral anterior.

3. En ambos casos, 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. Así como, el resultado de la delación y si éste podría haber sido obtenido por otros medios.

Artículo 25.- Denegación de Acuerdo

1. Si el Fiscal desestima la concesión de beneficios deberá emitir una disposición debidamente motivada, justificando cuál es la causal de denegación:

- a. La información no resulta útil, relevante, suficiente y pertinente.
- b. Falta de corroboración
- c. Falsedad de la información

2. La denegación de acuerdo, genera los siguientes efectos:

- a. Iniciar cargos contra los sindicados con la finalidad de procesarlos y perseguirlos.
- b. En caso de declaraciones de mala fe contra terceros inocentes, se les debe cursar comunicación.
- c. Las declaraciones del colaborador contra sí mismo, se toman como inexistentes.
- d. Las declaraciones del colaborador contra terceros pueden ser utilizadas –siempre que sean veraces – y se actuará según indicios, para lo cual se emplazará al colaborador a fin que rinda una nueva declaración.
- e. Los elementos de convicción recabados durante la fase de corroboración, tendrán plena validez para ser incorporados en otros procesos.

CAPÍTULO IV FASE DE ACUERDO DE BENEFICIOS Y COLABORACIÓN EFICAZ

Artículo 26.- Procedencia del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz

1. Culminada la negociación, el Fiscal, el colaborador y su defensor lleguen a un concierto, procederán a suscribir el Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.

2. Para que exista Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz, se requiere que:

- a. La decisión deba ser el resultado de reuniones del Fiscal con el colaborador.
- b. Los hechos objeto de delación hayan sido corroborados total o parcialmente.
- c. El beneficio sea proporcional con la utilidad de la información aportada.

Artículo 27.- Contenido del Acta

1. El Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz debe consignar la hora, fecha y lugar y, debe estar suscrita por todos los intervinientes.

2. Debe desarrollar los siguientes puntos:

- a. Identificación del colaborador y su abogado defensor.
- b. Precisar si existe una medida de protección o aseguramiento en favor del colaborador.
- c. Precisión exacta de los cargos: hechos imputados, delito y su registro (número del caso, órgano judicial o fiscal, estado del proceso).
- d. Reconocimiento, admisión o aceptación total y parcial, o no contradicción de los cargos.
- e. La voluntad expresa del colaborador de someterse a la justicia y colaborar, previa información de los alcances del proceso de colaboración eficaz.
- f. Descripción de los hechos objeto de delación.
- g. Hechos corroborados y su mecanismo de corroboración.
- h. Utilidad y resultado de la delación.
- i. Beneficio acordado y su justificación.
- j. Aplicación de la reparación civil y su monto.
- k. Obligaciones del colaborador.

3. Debe ser suscrita por el Fiscal, el colaborador, su defensor y –cuando así lo solicite– por el agraviado. Si el agraviado no está conforme con el monto de reparación civil objeto del acuerdo, podrá suscribir el acuerdo, dejando constancia de su disconformidad.

Artículo 28.- Vinculación con el Convenio Preparatorio

1. El beneficio del Convenio Preparatorio sólo vincula al Fiscal, cuando se corroboren los hechos objeto de delación.
2. Si los hechos objeto de delación son corroborados parcialmente, el Fiscal podrá variar proporcionalmente el beneficio objeto del convenio preparatorio.

CAPÍTULO V FASE DE CONTROL Y DECISIÓN JURISDICCIONAL

Artículo 29.- Competencia del Juez de la Investigación Preparatoria

1. El Juez de la Investigación Preparatoria es competente para conocer el Acuerdo de Beneficios y Colaboración desde que se le comunica la formalización y continuación de la investigación preparatoria hasta la emisión del auto de enjuiciamiento. De igual forma, en vía de ejecución cuando se trate de sentenciados.
2. El Acuerdo de Beneficios y colaboración, conjuntamente con la carpeta fiscal de colaboración eficaz, serán remitidos al Juez de la Investigación Preparatoria.
3. De ser el caso, la carpeta fiscal será acompañada de los cuadernos de medidas limitativas de derechos, medidas de protección, medidas coercitivas o medidas de aseguramiento.

Artículo 30.- Competencia del Juez Penal

1. El Juez Penal es competente para conocer el Acuerdo de Beneficios y Colaboración desde que recibe el auto de enjuiciamiento hasta la emisión de la sentencia.
2. Rigen el numeral 2 y 3 del artículo anterior.

Artículo 31.- Trámite del requerimiento

1. El control de legalidad del Juez Penal Competente versará sobre el contenido del acta y la concesión del beneficio.
2. El Juez Penal Competente verifica que el acuerdo contenga las cláusulas descritas en el numeral 2 del artículo 26. Para ello, revisará el íntegro de la carpeta fiscal.

3. El Juez Penal Competente controla la proporcionalidad del beneficio otorgado.

4. El Juez Penal Competente podrá devolver el acuerdo de beneficios y colaboración eficaz, conjuntamente con la carpeta fiscal, cuando advierta que se ha omitido alguno de los requisitos del numeral 2 del artículo 26.

5. La resolución que dispone la devolución precisará motivadamente cuál es la omisión u observación.

6. El Fiscal recibidas las observaciones procederá a subsanar el Acta, presentando el Acta Complementaria de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz ante el Juez competente.

Artículo 32.- Audiencia Privada Especial

1. La audiencia se instala con la presencia obligatoria del Fiscal, el colaborador y su abogado defensor. La incomparecencia del agraviado a la audiencia, no impedirá su realización.

2. La audiencia tiene por finalidad:

- a. Precisar y ratificar el contenido del Acta de Beneficios y Colaboración Eficaz.
- b. Escuchar la motivación del acuerdo.
- c. Escuchar al colaborador eficaz.
- d. Verificar la legalidad y proporcionalidad del acuerdo.

3. Si concurre el agraviado, en su turno podrá alegar su conformidad o disconformidad con el monto de la reparación civil del acuerdo.

4. Si en la audiencia, el Juez Penal Competente advierte una omisión subsanable del acuerdo, la pondrá a consideración de las partes, a fin que lleguen a un consenso, integrándose el Acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.

Artículo 33.- Ámbito de control del acuerdo

1. El Juez Penal Competente, debe verificar:

- a. El conocimiento y voluntad del colaborador eficaz sobre los alcances del proceso especial.

- b. Que el colaborador cumpla con los supuestos del artículo 474 del CPP.
- c. La legalidad de los beneficios acordados.
- d. La compatibilidad de las obligaciones impuestas.
- e. Proporcionalidad entre los hechos delictivos perpetrados y los beneficios acordados.
- f. Cumplimiento de lo previsto en el numeral 3 del artículo 477 del CPP.

2. El análisis de los puntos mencionados, deben ser desarrollados en la resolución de aprobación o desaprobación del acuerdo.

Artículo 34.- Decisión judicial

1. Si el Juez Penal Competente desaprueba el acuerdo, emitirá auto motivando las razones de su decisión.

2. Si el Juez Penal Competente aprueba el acuerdo, dictará la sentencia por colaboración eficaz, en los mismos términos descritos en el Acta de Beneficios y Colaboración Eficaz.

3. Si el beneficio otorgado es de exención o remisión de la pena, en la sentencia el Juez Penal Competente ordenará la inmediata libertad del colaborador eficaz y la anulación de sus antecedentes.

4. La excarcelación será comunicada por el Juez Penal Competente vía oficio a la Dirección de Registro Penitenciario o la que haga sus veces en el Distrito Judicial, cuando se trate de un colaborador eficaz recluso en un Establecimiento Penitenciario. Asimismo, se comunicará a la Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE- Sede Central.

5. En el oficio no se indicará el motivo de la disposición de su libertad y se consignará el nombre del colaborador. La remisión del oficio se deberá realizar por la vía más celeré, utilizando los mecanismos alternativos de comunicación.

6. En todos los casos, la sentencia de colaboración eficaz señalará las obligaciones del colaborador y el órgano a cargo de su control.

Artículo 35.- Efectos de la sentencia de colaboración eficaz

1. La aprobación del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz, alcanza a todos los procesos descritos en la sentencia.

2. El Juzgado comunicará vía oficio el fallo de la sentencia de colaboración eficaz a los órganos fiscales y judiciales descritos en la misma. Éstos deberán dar cumplimiento a la sentencia. Rigen los numerales 4 y 5 del artículo 476-A del CPP.

CAPÍTULO VI FASE DE REVOCACIÓN

Artículo 36.- Control del cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo

1. Corresponde al Fiscal, controlar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la sentencia de colaboración eficaz.

2. En los casos de acuerdo con disminución o suspensión de la pena, el Fiscal remitirá un informe mensual de supervisión al Juez que emite la sentencia de colaboración eficaz, durante el periodo de vigencia de la pena contenida en la sentencia impuesta.

Artículo 37.- Revocatoria

1. Si el Fiscal verifica que el colaborador eficaz incumple sus obligaciones, recabará los elementos de convicción que lo sustenten, a efectos de solicitar la revocatoria de los beneficios.

2. Si el beneficiario no concurre a la audiencia, el Juez Penal Competente le nombrará un Defensor Público.

TÍTULO III MEDIDAS APLICABLES AL COLABORADOR EFICAZ

Artículo 38.- Disposiciones Generales

1. Durante el proceso de colaboración eficaz, el Fiscal buscará preservar la confidencialidad de la identidad e integridad física del colaborador.

2. Cuando el caso lo requiera, podrá dictar o requerir las medidas de aseguramiento, protección y coerción que correspondan.

Artículo 39.- Medidas de aseguramiento

1. Las medidas de aseguramiento tienen por finalidad asegurar la eficacia del proceso especial de colaboración eficaz.

2. Se dictan durante la fase de corroboración, mediante resolución motivada y pueden mantenerse o variarse durante todo el proceso de colaboración eficaz.

Artículo 40.- Medidas de aseguramiento para colaboradores eficaces en libertad

1. El Fiscal podrá requerir ante el Juez Penal Competente, conforme a las circunstancias del caso, las medidas que corresponda, estando obligadas todas las entidades del Estado a cumplirlas.

2. Las medidas de aseguramiento que pueden disponerse, son:

- a. Inamovilidad de su centro laboral.
- b. Inamovilidad del cargo que desempeña, no podrá ser rotado o trasladado.
- c. Toda otra disposición que cumpla con la finalidad de las medidas de aseguramiento.

3. Las medidas a y b del artículo anterior son aplicables para los colaboradores no condenados ni sancionados administrativamente. Una vez que sean autorizadas por el Juez, el Fiscal coordinará su cumplimiento con la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

4. El requerimiento será resuelto de conformidad con el numeral 4 del artículo 473 del CPP.

Artículo 41.- Medidas de aseguramiento para colaboradores eficaces reclusos en un Establecimiento Penitenciario

1. En el caso de colaboradores eficaces reclusos en un Establecimiento Penitenciario, cuando el Fiscal requiera una medida de aseguramiento, dará cumplimiento a los numerales 4 y 5 del artículo 473 del CPP. Paralelamente a la presentación de su requerimiento ante el Juez Penal Competente, el Fiscal podrá comunicar a la Dirección Nacional de Seguridad Penitenciaria del INPE-Sede Central, a fin que dicte las medidas preventivas del caso.

2. El Juez Penal Competente podrá disponer las siguientes medidas de aseguramiento:

- a. Separación del colaborador de los demás internos,

- b. Cambio de pabellón,
- c. Traslado a otro Establecimiento Penitenciario,
- d. Toda otra disposición que permita dotar de eficacia al proceso especial y se encuentre dentro de las facultades del INPE.

3. Si el Juez Penal Competente declara fundado el requerimiento del Fiscal, comunicará vía oficio su resolución a la Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE- Sede Central, quien en el plazo de 24 horas, bajo responsabilidad, ejecutará la medida, comunicando al Juez y Fiscal del caso su cumplimiento.

4. El oficio podrá ser remitido por correo electrónico, fax u otro medio análogo.

Artículo 42.- Medidas de protección

1. Cuando el caso lo requiera el Fiscal dispondrá las medidas de protección que correspondan, en beneficio del colaborador eficaz y de su familia.

2. Cuando las medidas deban ser dictadas por el Juez Penal Competente, rige el numeral 4 del artículo 473 del CPP.

3. Cuando el colaborador eficaz se encuentre recluido en un Establecimiento Penitenciario y el Fiscal o el Juez Penal Competente dispongan la aplicación de una medida de protección, deberán comunicarla vía oficio –precisando la identidad del recluso y la clave asignada- a la Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE – Sede Central, a efectos que en 24 horas, cumpla con su ejecución, bajo responsabilidad.

4. El oficio podrá ser remitido por correo electrónico, fax u otro medio análogo.

5. El tipo de medida de protección aplicable al colaborador eficaz recluido en un Establecimiento Penitenciario, es dispuesto por la Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE – Sede Central, conforme a las circunstancias del caso concreto.

6. La Dirección de Seguridad Penitenciaria del INPE – Sede Central, debe remitir un informe mensual de supervisión al Juez y al Fiscal del caso, dando cuenta sobre la ejecución de la medida.

7. Las medidas de protección son variables, conforme al desarrollo del proceso especial.

Artículo 43.- Medidas de coerción

1. Cuando corresponda el Fiscal requerirá al Juez Penal Competente la medida de coerción pertinente, rige el numeral 4 del artículo 473 del CPP.
2. Cuando el colaborador eficaz cuente con medida de prisión preventiva, el Fiscal puede solicitar su variación, ante el Juez Penal Competente que conoce el proceso especial por colaboración eficaz.
3. La audiencia de variación se rige por el numeral 6 del artículo 473 del CPP.
4. Si la variación se declara fundada se dispondrá la excarcelación del colaborador eficaz, mediante oficio remitido a la Dirección de Registro Penitenciario del INPE, no se indicará el motivo de la disposición de su libertad y se consignará el nombre del colaborador.
5. El oficio podrá ser remitido por correo electrónico, fax u otro medio análogo.

TÍTULO IV
EFICACIA DE LAS DILIGENCIAS DE CORROBORACIÓN
Y SU INCORPORACIÓN EN OTROS PROCESOS

Artículo 44.- Procesos derivados y conexos

1. La información que brinde el colaborador eficaz y los elementos de convicción de su corroboración podrán generar el inicio de diligencias preliminares; derivándose así un proceso común o especial del proceso por colaboración eficaz.
2. La información que brinde el colaborador eficaz podrá guardar relación con un proceso penal; en este caso, el proceso de colaboración eficaz guardará conexión con el proceso común o especial en trámite.

Artículo 45.- Incorporación de los elementos de convicción del proceso por colaboración eficaz a los procesos conexos o derivados

1. En los casos de procesos derivados o conexos, el Fiscal decidirá si incorpora o no –como prueba trasladada– los elementos de convicción recogidos en las diligencias de corroboración.

2. Para dichos efectos, emitirá disposición motivada que contendrá el listado de diligencias que se incorporarán, el número del proceso por colaboración eficaz y la motivación de la pertinencia de su traslado.

3. El traslado implica que actuaciones en original del proceso por colaboración eficaz, se incorporen físicamente a los procesos derivados o conexos.

Artículo 46.- Testimonio del colaborador en juicio

1. El Fiscal podrá incorporar a los procesos derivados o conexos la declaración del colaborador eficaz, como testigo cuando corresponda, ya sea como prueba anticipada o plenaria.

2. Si el colaborador cuenta con la medida de protección de reserva de identidad, será examinado utilizando la videoconferencia, distorsionador de voz u otros mecanismos que impidan su identificación.

Artículo 47.- Exclusión del colaborador eficaz de los procesos objeto del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz

1. Emitida la sentencia de colaboración eficaz, el Fiscal, conforme a las circunstancias del caso concreto, decidirá la forma idónea de excluir al colaborador eficaz de los procesos objeto del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.

2. Si los procesos objeto de acuerdo se encuentran en investigación preparatoria, al concluir la misma, el Fiscal podrá requerir el sobreseimiento respecto del colaborador eficaz.

3. Si los procesos objeto de acuerdo se encuentran en etapa intermedia, el Fiscal podrá coordinar con el defensor del colaborador para que solicite el sobreseimiento de oficio, notificándole al Juez de la Investigación Preparatoria el contenido de la sentencia de colaboración eficaz.

4. Si los procesos objeto de acuerdo se encuentran en juzgamiento, el Fiscal podrá retirar la acusación, notificándole al Juez competente el contenido de la sentencia de colaboración eficaz.

5. Si los procesos objeto de acuerdo se encuentran en apelación o ejecución, el Fiscal deberá comunicar al órgano judicial competente el contenido de la sentencia de colaboración eficaz.

6. En todos los casos, en los procesos derivados o conexos objeto del acuerdo, no quedará constancia que la exclusión del colaborador del mismo, es a consecuencia de la aplicación del proceso por colaboración eficaz.

Artículo 48.- Uso de los elementos de convicción para requerir medidas limitativas de derechos y medidas de coerción

1. Los elementos de convicción recogidos como consecuencia de las diligencias de corroboración de la información proporcionada por el colaborador, podrán ser utilizados en los procesos derivados y conexos al proceso de colaboración eficaz para requerir medidas limitativas de derechos o medidas de coerción, en cuyo caso deberán ser incorporados a la carpeta fiscal del proceso común o especial.

2. También podrá emplearse la declaración del colaborador conjuntamente con los elementos de convicción descritos en el numeral anterior. Para ello, se incorporará a la carpeta fiscal del proceso común o especial la transcripción de las partes pertinentes de la misma.

3. La transcripción de la declaración del colaborador, sólo estará suscrita por el Fiscal.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de la Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@gmail.com>,
en el mes de enero de 2020.

